

И. А. Соболев

**СВОБОДНЫЕ
ЛИЦЕНЗИИ
В АВТОРСКОМ
ПРАВЕ
РОССИИ**

ЮСТИЦИЯ ИНФОРМ

Игорь Александрович Соболев

Свободные лицензии в авторском праве России

*Текст предоставлен правообладателем
http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=8979224*

*Свободные лицензии в авторском праве России: Монография: Юстицинформ; Москва; 2014
ISBN 978-5-7205-1247-7*

Аннотация

Представленная вашему вниманию книга посвящена свободным лицензиям – новому для авторского права России правовому явлению, но перспективному и, судя по зарубежному опыту, востребованному.

На современном этапе развития человеческой цивилизации, который все чаще сопоставляется с постиндустриальной концепцией информационного общества, новые технологии создания медиаконтента и телекоммуникационные сети, предлагающие пользователям неограниченные возможности по его распространению, стали неотъемлемой частью частной жизни людей, необходимой организационной основой предпринимательства и формирования идеологии в общегосударственных масштабах. Все это стало серьезным испытанием для авторского права и обусловило потребность в новых подходах к обеспечению режима авторско-правовой охраны и в адекватных им правовых формах.

Свободные лицензии способствуют приспособлению и даже выживанию авторского права в изменившихся реалиях, гарантируя правообладателю возможность предоставить любому заинтересованному лицу в определенных им пределах право свободно и, как правило, бесплатно, использовать программы и произведения, в том числе, в целях их переработки (создания производных произведений, модификации).

Тема монографии является новой и малоисследованной. На основе законотворческого и правоприменительного опыта зарубежных стран, а также попыток введения свободных лицензий в гражданское законодательства России, автор предпринимает попытку конструирования концепции свободного лицензирования в авторском праве, а также предлагает читателям свой взгляд на пути совершенствования российского законодательства в данной сфере.

This book is devoted to free licenses – a new legal phenomenon in Russian copyright law. Though this phenomenon is new, it is rather demanded and promising, as foreign experience shows.

At the present stage of the human civilization development, that is usually compared with the post-industrial concept of the information society, new media and telecommunication technologies which offer users unlimited opportunities for content distribution have become an integral part of people's private life, a necessary organizational basis for business and for ideology establishment nationwide. It is a serious challenge for copyright, which caused a need for new approaches for providing a regime of copyright legal protection and for new legal forms corresponding to the mentioned approaches.

Free licenses promote adaptation of copyright law and even more – its survival – in changed realities, providing rightholders with the opportunity to provide any person with a right to use programs and works, including its recasting (creation of derivative works, modification) freely within frames set by the rightholder and without charge, as a general rule.

The subject-matter of this book is new and insufficiently explored. The author makes an attempt of building up the theoretical concept of free licensing, and also offers readers to share his view to ways of improvement of the Russian legislation in this sphere on the basis of legislative

experience and legal practice in foreign countries and previous attempts to introduce free licenses in civil legislation of Russia.

Содержание

Используемые сокращения:	6
Предисловие	7
Глава 1. Понятие, правовая природа и значение свободной лицензии для авторского права	9
§ 1. Понятие свободной лицензии	9
Лингвокультурный аспект понимания свободной лицензии	9
Свободные лицензии и иные способы сужения пределов осуществления исключительного права	12
§ 2. Значение свободной лицензии для эволюции авторского права	19
Исторические закономерности эволюции авторского права. Значение свободных лицензий	19
Свободные лицензии и социально-экономические детерминанты эволюции авторского права	24
§ 3. Правовая природа свободной лицензии	32
Конец ознакомительного фрагмента.	39

Игорь Александрович Соболев
Свободные лицензии в
авторском праве России
Монография

Рецензенты:

Белов В. А. – доктор юридических наук, профессор.

Харитонов Ю. С. – доктор юридических наук, профессор.

Мареев Ю. Л. – кандидат юридических наук, доцент.

Используемые сокращения:

- CC – некоммерческая организация Creative commons;
(Творческие сообщества) и одноименные свободные лицензии;
- CC BY – свободная лицензия Creative commons – Attribution;
- GNU – рекурсивное сокращение фразы GNU's Not Unix – наименование свободной операционной системы;
- GNU GPL – GNU General Public License (Общая публичная лицензия GNU);
- EUPL – European Union Public License (Публичная лицензия Европейского союза);
- ВАС РФ – Высший арбитражный суд Российской Федерации;
- ВОИС – Всемирная организация интеллектуальной собственности;
- ВС РФ – Верховный суд Российской Федерации;
- ВТО – Всемирная торговая организация;
- ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации;
- ПО – программное обеспечение;
- РАО – Российское авторское общество;
- СПО – свободное программное обеспечение;
- ТРИПС – Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности;
- ФЗ – федеральный закон;
- ЭВМ – электронно-вычислительная машина.

Предисловие

Бурное развитие Интернета, повсеместное проникновение его во все социальные сферы не могли не повлиять на правовое регулирование общественных отношений, которые традиционно относятся к предмету авторского права. По мнению исследователей, «одним из наиболее значительных событий в этой области является появление... особого вида лицензий, обычно именуемых свободными лицензиями... соглашения, содержащего минимальное количество ограничений (свободной лицензии)»¹.

Свободное лицензирование позволяет без нарушения авторских прав создавать производные произведения, содействует развитию любительского творчества, а разработчикам программ для ЭВМ позволяет использовать свободное программное обеспечение в составе своих решений, вследствие чего снижаются издержки на создание, использование и поддержку таких программ. Оно предоставляет широкие возможности для развития научно-исследовательской деятельности, поскольку способно создать правовую основу для свободного распространения научного знания, выступает новым правовым инструментом коммерциализации интеллектуальной собственности, особенно в сфере любительского творчества. Кроме того, свободное лицензирование как модель управления авторскими правами начинает активно использоваться в сфере государственного управления. Различные органы государственной власти и публичные учреждения более 30 стран мира применяют свободное лицензирование. В России с 2011 года доступны для использования по лицензии Creative Commons – Attribution (для ее обозначения обычно используется аббревиатура CC BY) материалы официальных сайтов президента РФ, премьер-министра РФ, правительства РФ и некоторые другие.

Путь свободных лицензий к легализации был довольно долог.

Они появились впервые в конце 80-х годов XX века как частная инициатива в рамках движения за свободное программное обеспечение Р. Столмена, а в начале 2000-х годов благодаря общественной инициативе идеолога свободной культуры, профессора Стэнфордского университета Л. Лессига, получившей название Creative Commons, распространились и на традиционные объекты авторского права – произведения науки, литературы и искусства. В 2011 году бывший президент РФ Д. А. Медведев обозначил необходимость эволюции авторского права на высшем уровне. Обратившись к «Группе двадцати», он отметил, что «старые принципы охраны интеллектуальной собственности, создававшиеся в совершенно другом технологическом контексте, в складывающихся условиях больше не работают, что требует определения новых концептуальных механизмов регулирования творческой деятельности», нормы имеющихся нормативных правовых актов «не могут быть реализованы в полной мере в условиях, когда сам способ производства, распространения, доступа и использования культуры изменился под воздействием цифровых технологий и Интернета»². Чуть ранее он дал поручение подготовить предложения по введению свободных лицензий в законодательство РФ по итогам встречи с представителями российского интернет-сообщества в апреле 2011 года.

Спустя три года Россия стала, пожалуй, единственной страной, принявшей специальные нормы о свободных лицензиях в авторском праве: 12 марта 2014 года президентом РФ был подписан Федеральный закон «О внесении изменений в части первую, вторую и чет-

¹ См.: Слыщенко В. А., Левин А. Е. Вопросы лицензирования открытого программного обеспечения / Правовые вопросы связи. 2009. № 1 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

² Послание Президента России лидерам стран – участниц «Группы двадцати» // [Электронный ресурс]. Президент РФ [офич. сайт]. URL: <http://kremlin.ru/news/13329> (дата обращения 23.02.2012).

вертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 35-ФЗ, который предусматривает введение в авторское законодательство свободных лицензий (в законе они названы «открытые лицензии»). Предполагается, что за исключением отдельных положений он вступит в силу 1 октября 2014 года.

Значение этого шага для авторского права трудно переоценить. Свободные лицензии служат инструментом преодоления принципа обязательности, в силу которого произведения подлежат автоматической правовой охране по факту их создания. Институт свободных лицензий способствует расширению договорной диспозитивности, что благотворно действует на развитие предпринимательства, а также способствует свободному распространению информации, в том числе научных знаний. Свободные лицензии обеспечивают правообладателю подлинную автономию воли при реализации исключительного права в противовес традиционным для российского авторского права разрешительным (пермиссивным) лицензиям³.

Вашему вниманию предлагается монография, отражающая результаты исследования, которые, по нашему мнению, изменяют представление об абсолютной природе исключительного права и позволяют охарактеризовать его как ослабленное абсолютное право, пределы которого зависят не только от ограничений, установленных позитивным правом (режим общественного достояния, случаи справедливого свободного использования и т. д.), но и от обременений, установленных сознательно-волевыми поведенческими актами субъектов.

³ См.: Слыщенко В. А., Левин А. Е. Вопросы лицензирования открытого программного обеспечения / Правовые вопросы связи. 2009. № 1 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

Глава 1. Понятие, правовая природа и значение свободной лицензии для авторского права

§ 1. Понятие свободной лицензии

Институт свободных лицензий – частная инициатива, направленная на либерализацию правовой охраны произведений, которая стала альтернативой набирающим вес нигилистическим воззрениям на авторское право. «Суть таких лицензий состоит в том, что они позволяют правообладателям сообщить пользователям (без необходимости заключать с каждым из них письменный договор), какие из своих прав они хотели бы ограничить (например, правообладатель разрешает третьим лицам перерабатывать произведение в некоммерческих целях)»⁴.

Подходов к определению понятия «свободная лицензия» удастся найти не так уж и много. Исследователи отдают предпочтение таким понятиям, как «свободные программы», «свободные произведения культуры», «программное обеспечение с открытым кодом». Поэтому начнем с лингвистического подхода и предпримем попытку обратиться к семантике словосочетания «свободная лицензия».

Лингвокультурный аспект понимания свободной лицензии

Наименьшее затруднение возникает при определении слова «лицензия». Так, Толковый словарь иноязычных слов предлагает понимать ее как «предоставляемое владельцем патента право на использование технической документации и запатентованных изобретений»⁵. Большой юридический словарь определяет лицензию как право использовать объект интеллектуальной собственности, предоставляемое по лицензионному договору⁶. Полагаем, что такое определение, являясь наиболее нейтральным, может быть принято за основу дальнейших рассуждений.

Гораздо большую сложность представляет второй элемент словосочетания – «свобода», предмет философских рассуждений на протяжении долгого времени. Марксистское понятие о свободе как о «познанной необходимости» делало ее фикцией, поскольку человек мыслит и поступает в зависимости от побуждений и среды, причем основную роль в его среде играют экономические отношения и классовая борьба. Компатибилистские воззрения на категорию свободы воли определяют ее как наличие у агента свободы действия.

Толковый словарь живого великорусского языка В. И. Даля предлагает понимать свободу как «свою волю, простор, возможность действовать по-своему; отсутствие стеснения, неволи, подчинения чужой воле»⁷. Толковый словарь русского языка Д. Ушакова приводит определение свободы как «возможности проявления субъектом своей воли»⁸. Согласно Большому толковому словарю русского языка, под ней понимаются «отсутствие зависимости от

⁴ Послание Президента России лидерам стран – участниц «Группы двадцати» // [Электронный ресурс]. Президент РФ [официальный сайт]. URL: <http://kremlin.ru/news/13329> (дата обращения: 03.01.2013).

⁵ Крысин Л. П. Толковый словарь иноязычных слов. М.: Рус. яз., 1998. С. 399.

⁶ Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ИНФРА-М, 2004. С. 309.

⁷ Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 4: С V / Под ред. проф. И. А. Бодуэна де Куртенэ. М.: ТЕРРА – Книжный клуб, 1998. С. 70.

⁸ Толковый словарь русского языка: в 4 т. Т. 4 / Под ред. проф. Д. Ушакова. М.: ТЕРРА, 1996. С. 47.

кого-либо, возможность располагать собою по собственному усмотрению; возможность действовать в какой-либо области без ограничений, запретов, беспрепятственно; возможность проявления субъектом своей воли на основе осознания законов развития природы и общества»⁹ и др. Русский толковый словарь определяет ее как «возможность человека действовать в соответствии со своими интересами и целями, опираясь на познание объективной необходимости»¹⁰. Весьма интересной представляется статья о свободе из Большого энциклопедического словаря: «Свобода – способность человека действовать в соответствии со своими интересами и целями, осуществлять выбор. Люди не вольны в выборе объективных условий своей деятельности, однако они обладают конкретной и относительной свободой, когда сохраняют возможность в выборе санкционируемых нормами и ценностями данного общества целей или средств их достижения. Историческое развитие общества в целом сопровождается расширением рамок свободы личности»¹¹.

Как видим, лексическое значение слова «свобода» весьма широко, настолько широко, что не всегда понятно, где эти самые рамки проходят. Крайним проявлением свободы является анархия. Анархизм как воззрение не обошло стороной и юриспруденцию. В частности, представители либертарного анархокапитализма, философского направления в западной юриспруденции, занимают критическую позицию, утверждая, что государство, выступающее в своей роли воюющей стороны, является военным преступником, военная обязанность – рабством, налоги – грабежом, следовательно, на первый план должно выходить право на самозащиту¹². Анархокапиталисты выступают против интеллектуальной собственности. В числе противников права на интеллектуальную собственность выступают Б. Буккер, С. Кинсела, А. Лепаж, В. Макилрой и др. Аргумент, на который опирается их отрицательная позиция, берет свое начало от вывода об ограниченности как регуляторе межличностных конфликтов: так как интеллектуальная собственность, являясь серьезным ограничителем свободы из-за монопольного характера правовой охраны, в отличие от материальной собственности не подпадает под действие ограниченности (сколько угодно индивидов могут одновременно потреблять одну и ту же идею, не требующую от них никаких затрат на свое качество и/или эксплуатацию), она не вызывает никаких конфликтов и поэтому не нуждается в мерах разрешения конфликтов.

Исходя из этого и учитывая непреложное значение формальных определений для юриспруденции, полагаем необходимым конкретизировать значение свободы для рассматриваемой проблематики. Первое, на что мы хотели бы обратить внимание, это важное обстоятельство, которое из-за особенностей перевода термина *free license* на русский язык иногда вызывает неверное понимание «свободы» таких лицензий. Дело в том, что с английского языка на русский слово *free* можно перевести и как «свободный», и как «бесплатный (безвозмездный)». Да и в русском языке слово «свободный» имеет некий оттенок бесплатности. Поэтому важно отметить, что в словосочетании *free license* («свободная лицензия») слово «свободный» не связывается с бесплатностью. Как отмечают И. А. Зенин и К. М. Мешкова, «свободное программное обеспечение не означает его бесплатного характера. СПО может распространяться как на бесплатной, так и на платной основе. Ассоциация СПО только лишь с бесплатным характером распространения вызвана двояким пониманием английского слова *free*»¹³. Основатель движения свободного ПО и проекта GNU Ричард Столмэн писал о

⁹ Большой толковый словарь русского языка / Сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов. СПб.: Норинт, 1998. С. 1161.

¹⁰ Лопатин В. В., Лопатина Л. Е. Русский толковый словарь: ок. 25 000 слов. 4-е изд., стер. М.: Рус. яз..., 1997. С. 615.

¹¹ Большой энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб и доп. М.: Большая российская энциклопедия; СПб.: Норинт, 1998. С. 1070.

¹² Hoppe Hans-Hermann The Private Production of defense // Journal of Libertarian Studies (Winter 1998–1999). P. 27, 34.

¹³ Зенин И. А., Мешкова К. М. Свободная лицензия в сети Интернет / Информационное право. 2011. № 4. С. 8–13 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

допустимости платных исключений для лицензий GNU GPL¹⁴, впрочем, они не затрагивают возможности получения вознаграждения за использование, но плату в виде возмещения расходов за передачу оригинала или экземпляров программного обеспечения. «Свобода» свободной лицензии заключается в том, что возможность использования произведения или ПО, распространяемого на условиях свободной лицензии, не ставится в зависимость от получения дополнительного согласия или разрешения правообладателя или любых иных лиц. Как отмечает Л. Лессиг, речь идет о «свободной, но не «бесплатной», как пиво за счет заведения. «Свободной» – в смысле свободы слова, свободного рынка, свободной торговли, свободы предпринимательства, свободы воли и свободных выборов... Свободная культура – не культура без собственности, так же как свободный рынок не означает, что все бесплатно. Противоположностью свободной культуры является «разрешительная культура», где творцы вольны созидать лишь с позволения всевластных авторов прошлого»¹⁵. Однако свободные лицензии по общему правилу безвозмездны.

«Свобода» свободной лицензии, на наш взгляд, может рассматриваться юристами довольно широко, становясь детерминантой расширения договорной диспозитивности и для правообладателя, и для пользователей. Эта категория вытекает из важнейшего для регулирования частноправовых отношений принципов – принципа автономии воли сторон гражданских правоотношений, а также производных от него ключевых принципов обязательственного права – принципа свободы договора и принципа единства воли и волеизъявления. Исходя из этого, свобода воли как свобода целеполагания и свобода в определении последовательности сознательно-волевых действий по достижению намеченной цели «своей волей и в своем интересе» составляет субъективную сторону любых юридических поступков и субъективную причину правовых последствий таких поступков. Правообладатель, со своей стороны, имеет монопольное (исключительное) право, во-первых, действуя свободно, своей волей и в своем интересе, принять решение о предоставлении возможности использования произведения или ПО на условиях свободной лицензии, во-вторых, определить условия такого использования, выбрав одну из типовых конструкций свободных лицензий, разрабатываемых различными публичными и общественными институтами, либо самостоятельно определить иные условия использования.

В этой связи свободные лицензии становятся настоящим двигателем прогресса для авторского права. Здесь стоит согласиться с мнением Д. Липчик, которая, ссылаясь на М. Итурраспе, писала, что: «То, что регулируется законом, всегда ограничено, в то время как то, что зависит от частной инициативы, не имеет границ»¹⁶. Свободная лицензия предоставляет правообладателю принимать решение об ограничении объема правовой охраны созданного им объекта тогда и постольку, когда и поскольку, исходя из его личных ценностей и мотивов, считает это соответствующим его интересам, причем необязательно имущественным. Следовательно, возможность предоставления свободной лицензии представляет собой следствие господства лица над объектом и возможности определять его юридическую судьбу, то есть абсолютного характера права на такой объект. Реализация свободы усмотрения правообладателя таким образом не ставится в зависимость от интересов потенциальных пользователей. Последним лишь остается принять или не принять на себя права или обязанности, предусмотренные свободной лицензией.

Изложенное позволяет сформировать представление о свободных лицензиях как правовом средстве сужения пределов осуществления исключительного права в пользу заранее

¹⁴ Stallman R. On Selling Exceptions to the GNU GPL // [Электронный ресурс] GNU [сайт] URL: <http://www.gnu.org/philosophy/selling-exceptions.en.html> (дата обращения: 03.02.2012).

¹⁵ Лессиг Л. Свободная культура / Пер. с англ. М.: Прагматика культуры, 2007. С. 30.

¹⁶ Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; пред. М. Федотова. М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. С. 238.

неопределенного круга третьих лиц, исходя из разумно понимаемых правообладателем собственных интересов. Констатируя направленность свободных лицензий на такое сужение, нам представляется целесообразным обратиться к рассмотрению его закономерностей. Это позволит нам определить критерии отграничения субинститута свободной лицензии от смежных с ним правовых явлений, преследующих ту же цель. В первую очередь это режим справедливого свободного использования (fair use) и режим произведений, перешедших в общественное достояние (public domain).

Свободные лицензии и иные способы сужения пределов осуществления исключительного права

Установление при акцепте свободной (открытой) лицензии прав третьих лиц по использованию соответствующего объекта авторского права ведет к сужению возможностей правообладателя по осуществлению исключительного права, по крайней мере в части использования возможности запрещать использование такого объекта третьими лицами. Оценивая характер такого «сужения» в сопоставлении с такими традиционными ограничителями, как режим справедливого (добросовестного) свободного использования (fair use) и режим произведений, перешедших в общественное достояние (public domain), мы пришли к заключению о том, что свободные лицензии соотносятся с ними как частноправовые обременения с ограничениями.

Сопоставляемые явления действительно имеют много общих черт: их можно рассматривать в качестве правовых средств преодоления легальной монополии – исключительного права, они предполагают предоставление права свободно использовать произведение или свободное программное обеспечение неограниченному кругу лиц, свободное использование во всех рассматриваемых случаях ограничено требованием о соблюдении личных неимущественных прав авторов. Однако именно их отличия позволяют аргументировать отмеченный выше тезис. К числу аргументов в пользу отнесения свободных лицензий к числу частноправовых обременений можно отнести следующие. Во-первых, свободные лицензии есть такие «стеснения» в осуществлении субъективных прав, которые устанавливаются активными добровольными действиями субъекта, своей волей и в своем интересе. Случаи использования охраняемых объектов авторского права, допускаемые правообладателем не путем совершения соответствующего предложения, а путем воздержания от воспреещения такого использования (молчания), не следует рассматривать в качестве случая свободного лицензирования, поскольку основополагающим принципом авторского права является абсолютный и безусловный запрет использования произведения без согласия правообладателя, обеспечивающий режим легальной монополии правообладателя. Представляется, что вмешательство в правовую сферу правообладателя без его согласия, выраженное явно и недвусмысленно, может рассматриваться только как нарушение установленного законом запрета, то есть как правонарушение, которое может рассматриваться лишь как основание юридической ответственности.

В противовес этому ограничения устанавливаются позитивным правом, носят объективный характер и предполагают бездействие правообладателя по соблюдению установленных законом запретов. Подтверждение этому мы можем найти в Конституции РФ и ГК РФ. Из ст. 55 Конституции Российской Федерации и п. 2 ст. 1 ГК РФ следует, что гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

В частности, суть свободного использования по российскому законодательству заключается в легальном закреплении исчерпывающего перечня ограничений и исключений из сферы исключительного права (случаев свободного использования) в общезначимых целях. В соответствии с ч. 5 ст. 1229 ГК РФ «ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, в том числе в случае, когда использование результатов интеллектуальной деятельности допускается без согласия правообладателей, но с сохранением за ними права на вознаграждение, устанавливаются ГК РФ» (при этом, как видим, особенность российского подхода среди прочего проявляется в том, что закон не требует соблюдения условия тройного теста, типичного для *fair use*).

Случаи свободного использования в соответствии с действующим законодательством можно условно объединить в следующие группы.

1. Некоммерческое использование объектов в личных целях (п. 1 ст. 1273 ГК РФ). Правомерным является такое свободное использование в личных целях, которое соответствует определенным условиям: 1) соблюдение условий «тройного теста»; 2) использование должно осуществляться исключительно в личных целях, под чем в соответствии с подп. 4 ст. 1359 ГК понимается использование для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных не связанных с предпринимательской деятельностью нужд; 3) правомерное обнародование используемого объекта исключительного права;

4) использование не должно преследовать извлечение прибыли. А. Л. Маковский особо указывает на то, что «Гражданский кодекс «ограничивает эти ограничения» условиями о том, чтобы допускаемое использование осуществлялось «без извлечения прибыли», «безвозмездно», «не в коммерческих целях»¹⁷. Так, в соответствии с правовой позицией арбитражного суда по делу № А43-6226/2006-23-134 «размещение на сайте в сети Интернет с целью привлечения клиентов правомерно обнародованного объекта авторского права не может быть расценено как использование этого объекта в личных целях, а потому требует согласия автора и выплаты авторского вознаграждения»¹⁸. Истец – Федеральное агентство геодезии и картографии – обратилось с иском в суд в связи с тем, что ответчик неправомерно использовал путем воспроизведения, сообщения и публичного показа фрагменты карт, исключительные права на которые принадлежат РФ. Ответчик сослался на то, что использовал их в личных целях, а именно – в целях обозначения для своих сотрудников места проведения учебного тренинга. Окружной арбитражный суд оставил решение без изменения.

2. Ограничения исключительного права в общественно значимых целях. Эти ограничения стали компромиссом в результате противостояния интересов правообладателя и общества и связываются в основном с возможностью свободного использования интеллектуальной собственности в публичных целях. К ним относятся:

1. Ограничения, установленные в интересах свободы слова и информации:

1) цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических, критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования, включая воспроизведение отрывков из газетных и журнальных статей в форме обзоров печати (подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ);

2) воспроизведение в прессе, сообщение в эфир или по кабелю правомерно опубликованных в газетах или журналах статей по текущим экономическим, политическим, социальным и религиозным вопросам или переданных в эфир произведений такого же характера в

¹⁷ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского; вступ. ст. В. Ф. Яковлева; Исследовательский центр частного права. М.: Статут, 2008. С. 299.

¹⁸ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 28.04.2007 по делу № А43-6226/2006-23-134 (документ опубликован не был) // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

случаях, когда такое воспроизведение или сообщение не было специально запрещено автором или иным правообладателем (подп. 3 п. 1 ст. 1274 ГК РФ);

3) воспроизведение в прессе, сообщение в эфир или по кабелю публично произнесенных политических речей, обращений, докладов и других аналогичных произведений в объеме, оправданном информационной целью (подп. 4 п. 1 ст. 1274 ГК РФ);

4) воспроизведение или сообщение для всеобщего сведения в обзорах текущих событий средствами фотографии, кинематографии, путем сообщения в эфир или по кабелю произведений, которые становятся увиденными или услышанными в ходе таких событий, в объеме, оправданном информационной целью (подп. 5 п. 1 ст. 1274 ГК РФ);

5) создание произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры на основе другого (оригинального) правомерно обнародованного произведения и использование этой пародии либо карикатуры (п. 3 ст. 1274 ГК РФ);

б) воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю фотографического произведения, произведения архитектуры или произведения изобразительного искусства, которые постоянно находятся в месте, открытом для свободного посещения (ст. 1276 ГК РФ);

II. Ограничения, установленные в интересах просвещения, образования и развития науки:

1) цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических, критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования, включая воспроизведение отрывков из газетных и журнальных статей в форме обзоров печати (подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ);

2) использование правомерно обнародованных произведений и отрывков из них в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телепередачах, звуко- и видеозаписях учебного характера в объеме, оправданном поставленной целью (подп. 2 п. 1 ст. 1274 ГК РФ);

3) воспроизведение без извлечения прибыли рельефно-точечным шрифтом или другими специальными способами для слепых правомерно опубликованных произведений, кроме произведений, специально созданных для воспроизведения такими способами (подп. 6 п. 1 ст. 1274 ГК РФ);

4) предоставление библиотекой экземпляров произведений, правомерно введенных в гражданский оборот, во временное безвозмездное пользование, в том числе в цифровой форме, правда, только в помещениях библиотек при условии исключения возможности создать копии этих произведений в цифровой форме (п. 2 ст. 1274 ГК РФ);

5) репродуцирование в единственном экземпляре без извлечения прибыли правомерно опубликованного произведения – библиотеками и архивами для восстановления, замены утраченных или испорченных экземпляров произведения и для предоставления экземпляров произведения другим библиотекам, утратившим их по каким-либо причинам из своих фондов (подп. 1 п. 1 ст. 1275 ГК РФ);

б) репродуцирование в единственном экземпляре без извлечения прибыли отдельных статей и малообъемных произведений, правомерно опубликованных в сборниках, газетах и других периодических изданиях, коротких отрывков из правомерно опубликованных письменных произведений (с иллюстрациями или без иллюстраций) – библиотеками и архивами по запросам граждан для использования в учебных или научных целях, а также образовательными учреждениями для аудиторных занятий (подп. 2 п. 1 ст. 1275 ГК РФ);

7) изучение, исследование или испытание функционирования программы для ЭВМ в целях определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы для ЭВМ (п. 2 ст. 1280 ГК РФ).

III. Ограничения, связанные с выполнением государством публично-правовых функций:

1) использование государственным органом, органом местного самоуправления или международной организацией проекта официального документа, символа или знака для подготовки соответствующего официального документа, разработки символа или знака без согласия разработчика, если проект обнародован разработчиком для использования этими органом или организацией либо направлен разработчиком в соответствующий орган или организацию (п. 2 ст. 1264 ГК РФ);

2) публичное исполнение музыкального произведения во время официальной или религиозной церемонии либо похорон в объеме, оправданном характером такой церемонии (ст. 1277 ГК РФ);

3) воспроизведение произведения для осуществления производства по делу об административном правонарушении, для производства дознания, предварительного следствия или осуществления судопроизводства в объеме, оправданном этой целью (ст. 1278 ГК РФ).

То есть возможность справедливого свободного использования наступает исключительно при возникновении оснований, исчерпывающим образом перечисленных в законе. Возможность справедливого свободного использования никак не зависит от воли правообладателя – он не может ни запретить, ни воспрепятствовать такому использованию, поскольку ограничение сферы его усмотрения происходит в силу прямого указания закона.

Аналогичную ситуацию мы наблюдаем при переходе произведения в общественное достояние. Ст. 1282 ГК РФ определяет, что по истечении срока действия исключительного права произведение науки, литературы или искусства – как обнародованное, так и необнародованное – переходит в общественное достояние. Такое произведение может свободно использоваться любым лицом без чье-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского вознаграждения. Переход произведения в общественное достояние происходит объективно по истечении установленного законом срока. В соответствии с п. 1 ст. 1281 ГК РФ исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора и 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора. Этот срок обладает свойством неотвратимости наступления, поэтому переход произведения в общественное достояние никак не связывается с волей правообладателя или любого другого лица. Как отмечает Н. Иванов, «связывая момент перехода произведения в общественное достояние с наступлением тех или иных событий, российский законодатель оставляет открытым вопрос о возможности установления в отношении произведения режима общественного достояния по воле самого правообладателя. Представляется, что в настоящий момент у автора или его правопреемника такая возможность отсутствует»¹⁹.

В отличие от режимов свободного использования и общественного достояния в случае со свободной лицензией только правообладатель вправе принимать решение о свободном использовании объекта авторского права и определять пределы такого использования. Этим подчеркивается сходство свободных лицензий с обременениями. Как отмечает Л. В. Федорова, «отличительной чертой обременения... является то, что, как правило, возникает оно по воле собственника... приводит к возникновению прав третьих лиц и не препятствует собственнику распоряжаться объектом, в отношении которого имеется обременение»²⁰. Для свободного лицензирования необходимо принятие правообладателем соответствующего волевого решения о намерении заключить лицензионный договор с любым акцептантом, а также совершение действий по определению условий свободной лицензии.

При этом хотя и предпринимаются попытки по стиранию этого отличия – в частности, по отношению к режиму общественного достояния в качестве примера можно указать

¹⁹ Иванов Н. Общественное достояние как специальный правовой режим использования произведений // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2005. № 2. С. 70.

²⁰ Городов О. А. Право промышленной собственности: Учебник. М.: Статут, 2011 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

на проект Creative commons «нулевая лицензия» (CC Zero license), которая, по мнению Е. А. Павловой, «на самом деле является не договором, а односторонним публичным отказом автора от своих интеллектуальных прав, влекущим переход произведения в режим общественного достояния»²¹, – представляется, что они служат сближению этих явлений лишь в обывательском представлении. Свободную лицензию не следует рассматривать как основание для перехода произведения в общественное достояние, поскольку, как мы уже отмечали, переход в общественное достояние не может ставиться в зависимость от воли правообладателя. Поэтому любые основания перехода в общественное достояние должны представлять собой такие юридические факты, которые будут характеризоваться объективностью по отношению к сознанию правообладателя и неизбежностью наступления.

Во-вторых, сам механизм сужения пределов осуществления исключительного права в рассматриваемых случаях отличается: обременение предполагает установление в отношении обособленного за управомоченным субъектом объекта прав третьих лиц по его использованию. Эта позиция является преобладающей в современной цивилистике. Так, В. А. Белов предлагает определить «ограничения – как известные условия (границы или рамки), урезающие содержание элементов статической правоспособности либо секундарных прав (прямые) или вводящие определенные стеснения (затруднения, неудобства) в осуществление субъективных прав (косвенные ограничения), установленные в пользу неопределенного круга лиц; обременения – как ограничения субъективных прав, установленные в пользу определенных частных лиц»²². В. А. Микрюков, в целом соглашаясь с таким подходом, утверждает, что «обременения носят активный, положительный характер. Вследствие установления обременения собственник стесняется в правах из-за наличия прав третьих лиц в отношении его имущества... В качестве обременений исключительного права нужно рассматривать права третьих лиц на обремененный результат интеллектуального труда, установленные дополнительно к основному исключительному праву и следующие за основным правом независимо от смены его субъекта»²³. В. В. Долинская отмечает, что «в качестве обременений устанавливаются дополнительные права, зависящие от права собственности, а ограничение относится только к существующему субъективному праву на объект и не приводит к установлению нового права»²⁴. Сходной точки зрения придерживается В. П. Камышанский: «Обременение – это привнесенное извне право третьих лиц, препятствующее собственнику вещи свободно в полном объеме реализовать свои правомочия»²⁵.

Ограничения же «сужают» исключительное право путем определения круга запрещенных для правообладателя деяний: «Ограничение... есть стеснение права, влекущее для собственника обязанность его соблюдать. Возникает ограничение... помимо воли собственника и является для него запретом к распоряжению имуществом, права на которое ограничены»²⁶. Сказанное исключает последние сомнения при причислении свободных лицензий к числу частноправовых обременений, поскольку механизм свободного лицензирования предпола-

²¹ Павлова Е. А. Актуальные проблемы совершенствования части четвертой ГК РФ // Вестник гражданского права. 2011. № 5. С. 139–163 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

²² Белов В. А. Гражданское право: Общая часть. Т. I. Введение: Учебник. М.: Юрайт, 2010. С. 213.

²³ Микрюков В. А. Ограничения и обременения гражданских прав. М.: Статут, 2007 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

²⁴ Долинская В. В. Ограничения права собственности: понятие и виды / Закон. 2003. № 11. Цит по: Федорова Л. В. Правовое регулирование приватизации недвижимых объектов культурного наследия: Монография. М.: Юстицинформ, 2012 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

²⁵ Камышанский В. П. Право собственности: пределы и ограничения. М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2000. Цит. по: Федорова Л. В. Правовое регулирование приватизации недвижимых объектов культурного наследия: Монография. М.: Юстицинформ, 2012 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

²⁶ Федорова Л. В. Правовое регулирование приватизации недвижимых объектов культурного наследия: Монография. М.: Юстицинформ, 2012 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

гает предоставление третьим лицам права использования произведений, исключительное право на которые сохраняется за правообладателем в полном объеме, после акцепта предложения правообладателя об условиях использования.

Изложенное позволяет в качестве третьего отличия отметить, что обременения устанавливаются в отношении объекта относительные права. Субинститут свободной лицензии выступает обязательственно-правовым средством преодоления монополии правообладателя, в то время как и субинститут справедливого свободного использования, и субинститут общественного достояния неразрывно связаны с абсолютной природой исключительного права. Так, при справедливом свободном использовании возникновение возможности использования соответствующего объекта связывается с волевым актом пользователя из числа неопределенного круга третьих лиц. На правообладателя лишь возлагается соблюдение запрета препятствовать такому использованию при условии его правомерности. Следовательно, никакого обязательства не возникает. Правообладатель лишь претерпевает обосновываемое социокультурными интересами одностороннее вмешательство такого пользователю в свою правовую сферу без какой-либо компенсации.

Подобный характер вмешательства характерен и для режима общественного достояния. Как отмечает К. В. Филимонов, «ключевым последствием введения принципа «срочности охраны права» стало понятие перехода произведения в категорию «общественное достояние», то есть возможность свободного тиражирования произведений любым издателем, а не владельцем монополии на произведение»²⁷. Этот самый переход знаменует собой изменение юридического содержания абсолютного правоотношения, ядром которого является исключительное авторское право. Изменение этого правоотношения предполагает прекращение исключительного права и запрета несанкционированного правообладателем использования произведения. Таким образом, происходит некая инверсия: неопределенный круг лиц приобретает право использовать произведение любыми способами, а правообладатель не вправе ни воспрепятствовать такому использованию, ни взимать за него плату.

Из изложенного выше следует четвертое отличие, относящееся к мотивам стеснения свободы правообладателя. Поскольку обременения устанавливаются сознательно-волевыми действиями субъектов, они обращены к их разумно понимаемой пользе. Причем это необязательно встречное имущественное предоставление. Как отмечает В. П. Камышанский, «собственник, принимая на себя обязательства, совершая гражданско-правовые сделки, осознанно и целенаправленно обременяет свое субъективное право собственности с целью извлечения прибыли от использования своего имущества или без таковой»²⁸. В отношении результатов творческого труда это может быть признание, творческое самовыражение и т. п. Н. Иванов также утверждает, что «на практике нередко возникают ситуации, когда сами авторы оказываются заинтересованными... завоевать популярность, или... донести свое произведение до максимальной аудитории по каким-либо идейным соображениям»²⁹. Другими словами, распоряжение своим субъективным правом путем установления его обременения обеспечивает правообладателя приемлемой для него компенсацией в широком смысле слова.

В случае с ограничениями стеснение возможностей осуществления исключительного права будет происходить безвозмездно. Как пишет В. А. Микрюков, «ограничения исклю-

²⁷ Филимонов К. В. Формирование института защиты прав интеллектуальной собственности в историко-правовой ретроспективе // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

²⁸ Камышанский В. П. Право собственности: пределы и ограничения. М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2000. Цит. по: Федорова Л. В. Правовое регулирование приватизации недвижимых объектов культурного наследия: Монография. М.: Юстицинформ, 2012 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

²⁹ Иванов Н. Общественное достояние как специальный правовой режим использования произведений / Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2005. № 2. С. 70.

чительных прав следует считать установление или сужение границ (пределов) осуществления права интеллектуальной собственности, выражающихся в сужении имеющихся дозволений, наложении запретов и дополнительных положительных обязанностей, вводимых без предоставления субъекту права компенсации законом, актом уполномоченного законом государственного органа или органа местного самоуправления в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства»³⁰.

При этом тот факт, что выгоды свободного лицензирования адресованы всякому и каждому в равном объеме, тоже не должен вводить в заблуждение относительно его природы. Известны обременения, установленные в пользу неопределенных лиц. Например, трудно не согласиться с В. А. Микрюковым, по мнению которого «установление обременения конкретного объекта права собственности в отношении неопределенного круга лиц (публичный сервитут) также следует рассматривать как вещное обременение»³¹.

На основе проведенных выше сопоставлений представляется обоснованным понимать под свободной лицензией добровольно выработанное правообладателем в собственном интересе и доведенное до всеобщего сведения предложение об установлении обременения принадлежащего ему исключительного права в пределах и на условиях, определяемых по его усмотрению с предоставлением заранее неопределенному кругу лиц права акцепта предложения.

³⁰ Микрюков В. А. Ограничения и обременения гражданских прав. М.: Статут, 2007 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

³¹ Микрюков В. А. Ограничения и обременения гражданских прав. М.: Статут, 2007 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

§ 2. Значение свободной лицензии для эволюции авторского права

Свободные лицензии ознаменовали собой новый этап развития авторского права, являющегося, по свидетельству исследователей, «одним из старейших компонентов правового регулирования интеллектуальной собственности. Его зачатки встречаются еще в глубокой древности, ибо человеку творческому всегда было свойственно защищать свое авторство на созданное произведение»³². Возникновение и развитие авторского права напрямую связаны с развитием производительных сил, и даже конкретнее – информационных технологий как средств производства и орудий воспроизводства информации. Этот процесс происходит революционно, следуя методологии марксистской формационной теории.

Свободное лицензирование, играя роль основной правовой гарантии применения технологий «Веб 2.0»³³, представляет собой явление стремительно надвигающейся эпохи информационного общества³⁴. Как утверждает Д. Белл, «в наступающем столетии решающее значение для экономической и социальной жизни, для способов производства знания, а также для характера трудовой деятельности человека приобретает становление нового уклада, основывающегося на телекоммуникациях. Революция в организации и обработке информации и знаний, в которой центральную роль играет компьютер, развертывается одновременно со становлением постиндустриального общества»³⁵. Это то, что в наши дни стало настолько привычным, что считается нормой. В историческом разрезе этому этапу предшествовала вереница социально-экономических изменений и правовых подходов к регулированию общественных отношений.

Исторические закономерности эволюции авторского права. Значение свободных лицензий

Толчком для возникновения авторского права, как известно, послужило изобретение в 1448 году Иоанном Гуттенбергом, золотых дел мастером из немецкого города Майнца, печатного станка. С этого момента началась новая информационная эпоха. Известно, что Мартин Лютер назвал изобретение книгопечатания вторым избавлением рода человеческого от умственной тьмы. Абрахам Линкольн в своей лекции об открытиях и изобретениях (1859) именовал изобретение печатного станка «четвертым великим шагом человечества» от первобытного состояния к современным технологиям. Знание стало дешевле, доступнее, а значит, могло распространяться в массы. Линкольн считал, что «эмансипация ума – вот та великая задача, ради которой книгопечатание пришло в мир»³⁶. Новая технология позволила распространять знания, долгое время являвшиеся монополией небольшой касты, «далеко за пределы узкого круга лиц, которые могли позволить себе дорогостоящие рукописные издания.

³² Близнец И. А., Леонтьев К. Б. Авторское право и смежные права: Учебник / Под ред. И. А. Близнеца. М.: Проспект, 2009. С. 3.

³³ «Веб 2.0» – методика проектирования систем, которые путем учета сетевых взаимодействий становятся тем лучше, чем больше людей ими пользуются. Особенностью «Веб 2.0» является принцип привлечения пользователей к наполнению и многократной выверке информационного материала.

³⁴ Информационное общество – концепция постиндустриального общества; новая историческая фаза развития цивилизации, в которой главными продуктами производства являются информация и знания.

³⁵ Белл Д. Социальные рамки информационного общества / Новая технократическая волна на Западе. М., 1986. С. 330.

³⁶ Novak M. The Fire Of Invention The Fuel of Interest On Intellectual Property. Washington, D. C.: The AEI Press, 1996. P. 5.

Отныне доступ к знаниям стал дешевле для сотен и тысяч людей», пишет М. Новак³⁷. В. А. Афанасьева отмечает, что «после изобретения печатного станка любая рукопись, а затем и иной материальный носитель произведения могли быть быстро и относительно дешево размножены, а технические новинки стали приносить ощутимые преимущества перед конкурентами и внедряться в производство значительно быстрее»³⁸. Именно изобретение Гуттернберговского станка стало предпосылкой появления первых правовых актов, регулировавших сферу отношений, традиционно относимых к предмету авторского права.

Первые источники авторского права появились в XV–XVI веках в итальянских государствах, когда отдельным издателям и авторам власть стала раздавать привилегии на осуществление печатания книг. По свидетельству К. П. Победоносцева, «вначале исключительное право автора на свое произведение представлялось исключением, основанным на привилегии, защищавшей от перепечатки, так что последняя оказывалась настолько противозаконной, насколько нарушала эту привилегию»³⁹. К эпохе Высокого Средневековья относятся привилегии Венецианской республики, Флоренции, Франции, княжества Вюрцбург, городов Страсбург, Майнц, Базель и др.

Путем дарования монополий на произведения в основном защищались имущественные интересы издателей (точнее, книгопечатников, поскольку в то время не существовало издателей в нынешнем понимании). Как отмечает Л. А. Алехина, «без какой-либо формы охраны от конкуренции путем продажи незаконных копий инвестирование в печатание и продажу книг было опасным и рискованным предприятием, многие разорялись. Усиливался нажим в пользу обеспечения какой-то формы охраны, и она появилась в виде привилегий, предоставляемых различными властями»⁴⁰. Для ранних привилегий вообще нехарактерно их дарование автору. Например, книгопечатная привилегия князя-епископа Вюрцбургского (1479) была дарована просто «самым опытным мастерам в этом ремесле» для того, чтобы «печатать богослужебные книги в точности и наилучшим образом»⁴¹. Поэтому привилегии имели в большей степени технологическое значение. И хотя в некоторых источниках, например, Имперской привилегии Арнольта Шлика на его книгу «Зерцало изготовителей органов и органистов» 1511 года⁴² и в Патенте Оттавиано Петруччи «на печатание полифонической музыки для голосов, органа и лютни» 1498 года⁴³, прослеживается идея охраны «труда и таланта» автора от различных «похитителей», перепечатки и даже переработки (перевода), предоставление правовой охраны, очевидно, связано с тем, что они самостоятельно занимались коммерциализацией своих прав на произведения. Таким образом, подтверждается

³⁷ Novak M. *The Fire Of Invention The Fuel of Interest On Intellectual Property*. Washington, D. C.: The AEI Press, 1996. P. 4–5.

³⁸ Афанасьева В. И. *Инновации в промышленном производстве и праве Западной Европы и России (XV–XIX вв.)* / Право и политика. 2007. № 3. С. 76–85 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

³⁹ Победоносцев К. П. *Курс гражданского права. Первая часть: Вечинные права* М.: Статут, 2002 // [Электронный ресурс]. Консультант Плюс: Классика российской цивилистики [сайт], URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/15/page_99.html#124 (дата обращения: 20.02.2010).

⁴⁰ Алехина Л. А. *Эволюция авторского права* // [Электронный ресурс] / История государства и права. 2006. № 9. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

⁴¹ *Privilege of the Prince-Bishop of Wrzburg (1479)* // [Электронный ресурс] Primary Sources on Copyright (1450–1900) [сайт]. URL: http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/showTranslation/%22d_1479%22/start/%22yes%22 (дата обращения: 20.02.2010).

⁴² *Imperial Privilege for Arnolt Schlick (1511)* // [Электронный ресурс] Primary Sources on Copyright (1450–1900) [сайт]. URL: http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/showTranslation/%22d_1511a%22/start/%22yes%22 (дата обращения: 20.02.2010).

⁴³ *Ottaviano Petrucci's music printing patent (1498)* // Primary Sources on Copyright (1450–1900), eds L. Bently amp; M. Kretschmer, [сайт]. URL: http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22i_1498%22 (дата обращения: 02.11.2009).

исторически, что целью предоставления привилегий изначально было далеко не поощрение творческой активности неординарных личностей.

Со временем дарование привилегий стало еще и важным инструментом цензуры. Как пишет Ф. Ридо, первоначально «критерий для предоставления королевской охраны был, по большей части экономическим, хотя мы должны также принять во внимание, что присуждение привилегии могло быть обусловлено характером книги. В эти первые десятилетия XVI века привилегия, в основном экономическое приспособление, еще не использовалось королевской властью в негативном аспекте – с параллельной целью усилить цензуру».⁴⁴ Однако, ситуация быстро изменилась. Из привилегии Вюрцбургского князя это следует явным образом. Главная задача предпринятой князем систематизации молитвенника состояла в том, чтобы избавиться от «неподходящих и бесполезных», а на самом деле нежелательных текстов. Князь «использовал довольно продвинутые методы «информационного контроля» и стратегию в отношении печати, так что они служили его политическим и религиозным целям», отмечает Ф. Кауол.⁴⁵ Новая технология позволила в сравнительно короткие сроки издать значительное количество книг и контролировать их содержание, а значительно более низкая по сравнению с рукописными книгами цена содействовала распространению идеологически выверенной литературы в более широкие массы.

Так зарождалось авторское право. При этом правовое регулирование, основанное на привилегиях, полностью отвечало современным ему социально-экономическим потребностям. Так, самая ранняя из сохранившихся венецианская привилегия Ионна из Спейера⁴⁶ 1469 года была предоставлена на основании «смиренной просьбы» самого мастера Иоанна. В этой связи Дж. Костило указывает, что «просьба Иоанна не выглядела чем-то новым или неизвестным для экономической жизни Венеции XV века. Обращения того же типа были довольно обычным делом»⁴⁷. На этом основании исследователи отмечают, что для системы средневековых привилегий были характерны два принципа: принцип пермиссивности и принцип факультативности. Р. А. Мерзликина, соглашаясь с А. А. Пиленко, отмечает, что «принцип пермиссивности следует понимать как разрешение фабрикации изобретения, и при этом не было надобности еще и запрещать подражание, так как самим фактом разрешения достигалась монополия»⁴⁸. Факультативность предполагала, что привилегии предоставляются по благоусмотрению монарха. Это его право, а не обязанность. В. И. Афанасьева мотивирует это тем, что «никто не вправе требовать от него (правительства), чтобы данному индивиду выдали привилегию. Можно только просить короля об оказании ему милости, даже если на свое изобретение индивид потратил несколько лет жизни и находится в весьма затруднительном материальном положении»⁴⁹.

⁴⁴ Rideau F. (2008) Commentary on Galliot Du Pré's privilege (1515) // [Электронный ресурс] Primary Sources on Copyright (1450–1900) [сайт]. URL: http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22f_1515%22 (дата обращения: 20.02.2010).

⁴⁵ Kawohl F. Commentary on the privilege granted by the Bishop of Würzburg (1479) // [Электронный ресурс] Primary Sources on Copyright (1450–1900) [сайт] URL: http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeComd_1479 (дата обращения: 20.02.2010).

⁴⁶ Полное название «Печатная монополия, предоставленная немецкому мастеру-книгопечатнику Иоанну из Спейера, дающая на пять лет исключительное право печатать книги в Венеции и ее Владениях» / См.: Johannes of Speyer's Printing Monopoly (1469) // [Электронный ресурс] Primary Sources on Copyright (1450–1900) [сайт]. URL: http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/showTranslation/%22i_1469%22/start/%22yes%22 (дата обращения: 25.03.2012).

⁴⁷ Kostylo J. (2008) Commentary on Johannes of Speyer's Venetian monopoly (1469) // Primary Sources on Copyright (1450–1900), eds L. Bently and M. Kretschmer. 2008, [сайт]. URL: http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22i_1469%22#_edn7 (дата обращения: 01.11.2009).

⁴⁸ Мерзликина Р. А. Право интеллектуальной собственности: Учебник. М.: Финансы и статистика: Ставрополь: Сервисшкола, 2008. С. 36.

⁴⁹ Афанасьева В. И. Инновации в промышленном производстве и праве Западной Европы и России (XV–XIX вв.) //

Очередные изменения, происшедшие с производительными силами (причем не только с информационными технологиями) в преддверии промышленной революции, вызвавшие наступление индустриальной эпохи и окончательно утвердившие капитализм как систему социально-экономических отношений, предопределили очередной виток становления авторского права – этап формирования нормативного правового регулирования в этой сфере. На смену принципу факультативности пришел принцип облигаторности. Именно ввиду отсутствия облигаторности появление книгопечатных привилегий все-таки не свидетельствовало о возникновении авторского права. Как справедливо отметила Е. А. Моргунова, «для права характерна всеобщность. Суть привилегии, напротив, заключается в отсутствии всеобщности: «Право – это отрицание привилегий, всеобщий и единый для всех масштаб»⁵⁰.

Уже в XVI веке в г. Базель (известна даже точная дата – 28 октября 1531 года) параллельно с привилегиями, раздаваемыми монаршей властью, появился первый в истории правовой акт общего характера – Базельский издательский статут. После Страсбурга и Майнца Базель стал третьим европейским городом, где появилось искусство книгопечатания. Он гласил: «В год 1531 в субботу, 28 октября, старый и новый Городские Советы признали – поскольку существует напряженность между издателями города Базель по поводу частой перепечатки книг и произведений, опубликованных кем-то другим, таким образом, причиняя убытки последнему – что отныне ни один издатель города Базеля не будет перепечатывать чужие произведения и книги в течение трех лет, после того как они были опубликованы и напечатаны; и также, что ни один издатель не будет публиковать что-либо, что может вредным или невыгодным для города Базеля; все это грозит уплатой штрафа в размере 100 рейнских гульденов, который будет немедленно взиматься в качестве справедливой компенсации с любого нарушителя»⁵¹. Как следует из этого отрывка, Базельский издательский статут был также безразличен к правам и интересам авторов и имел четкое намерение ввести определенные правила игры на издательском рынке.

В XVII–XVIII веках система привилегий окончательно исчерпала себя. «Монархи выдавали большое количество монополий в силу предоставленной им прерогативы. Монополии эти выдавались без разбора и изобретателям, и купцам, и просто фаворитам – вне всяких услуг со стороны последних», – пишет А. А. Пиленко⁵². Кризис системы привилегий стал причиной появления в Англии сначала Статута о монополиях 1624 года, который был в основном посвящен вопросам патентного права и Статута Анны 1709 (1710) года, признаваемого первым положением об авторском праве⁵³. Статут королевы Анны в действительности назывался «Закон о поощрении образования путем закрепления прав за авторами или приобретателями копий печатных книг». В соответствии с этим актом автор обладал исключительным правом на публикацию произведения в течение 14 лет с момента его создания с возможностью подлить этот срок еще на 14 лет. Указанный акт также предусматривал ограничения исключительного права автора, в частности, устанавливая, что «девять копий каждой изданной после 10 апреля 1710 года книги на лучшей бумаге... должны быть переданы Компании издателей... для использования в королевских библиотеках»⁵⁴.

[Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

⁵⁰ Моргунова Е. А. Авторское право: учеб. пособие / Отв. ред. В. П. Мозолин. М.: Норма, 2009. С. 22.

⁵¹ Basel Printers' Statute (1531) // [Электронный ресурс] / Primary Sources on Copyright (1450–1900), eds L. Bently amp; M. Kretschmer [сайт] URL: http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/showTranslationd_1531startyes (дата обращения: 07.01.2010).

⁵² Пиленко А. А. Право изобретателя. 2-е изд. испр. и доп. М.: Статут, 2005. С. 128–129.

⁵³ Алехина Л. А. Эволюция авторского права // История государства и права. 2006. № 9 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

⁵⁴ Statute of Anne, London (1710) // [Электронный ресурс] Primary Sources on Copyright (1450–1900), eds. L. Bently amp;

Принятие этого акта считают этапом становления авторского права. Как пишет В. А. Афанасьева, Статут королевы Анны закрепил «один из важнейших принципов авторского права: «копирайт» – запрет тиражирования опубликованного произведения без согласия автора. Здесь наблюдается главная цель правового регулирования – защита интересов издателя, но осуществлялась она с помощью законодательной конструкции, опиравшейся на волеизъявление автора, которому предоставлялось монопольное право на публикацию произведения в течение 14 лет с момента его создания, а также возможность продления этого срока еще на 14 лет при жизни автора.

Таким образом, в XV–XVIII веках авторское право возникало как цензурно-меркантилистский инструмент в результате упадка системы привилегий и зарождения капиталистических отношений в Европе. Как следствие, именно имущественная сфера отношений в сфере издательства, а точнее – сфере коммерческого оборота книг, требовала урегулирования со стороны государственной власти.

В настоящее же время с развитием информационно-телекоммуникационных сетей и тенденцией к росту доступности творчества и обмена его результатами меняются общественные отношения, регулируемые авторским правом. Создание и распространение любительских произведений становятся все более массовым явлением. Как отмечают Е. С. Бурмистрова и М. М. Карелина, «стремительное развитие цифровых и компьютерно-сетевых технологий привело к тому, что охрана объектов интеллектуальной собственности в связи с их преобразованием в цифровую форму и их использованием в сетях стала наиболее проблемной в сфере авторского права и смежных прав... Так как виртуальная цифровая среда – идеальное место для неограниченного использования нематериальных объектов, каковыми являются авторские произведения, фонограммы, исполнения, аудиовизуальные произведения и т. д., которые и составляют основное содержание Интернета»⁵⁵. Н. А. Тузов видит причины этого в том, что «объекты авторского... права в своем абстрактном выражении являются информацией – символическими смысловыми образами реальности. А информация обладает свойствами непотребляемости, вечности существования (условно), безграничного тиражирования (умножения), быстроты и пространственной, а также субъектной безграничности распространения в современных научно-технических условиях жизнедеятельности людей, являясь при этом необходимой для нее»⁵⁶.

Мы наблюдаем ситуацию, схожую по своему социальному значению с той, которая привела к ломке системы привилегий и замене принципа факультативности принципом облигаторности. Значение свободных лицензий, по словам Е. А. Войниканис, состоит в том, что «в отличие от авторского права, которое подразумевает, что автор сохраняет за собой все права, лицензия СС позволяет автору с самого начала ограничить свои права. Общая и хорошо запоминающаяся характеристика правового подхода СС выражается формулой: от принципа «все права защищены» к принципу «некоторые права защищены». Выражение «некоторые права защищены» показывает, какое место должны занимать лицензии СС в правовой системе, а именно – в своей совокупности лицензии СС очерчивают спектр возможных правоотношений, находящийся между традиционным (полным) авторским правом и сферой общественного достояния»⁵⁷.

М. Kretschmer [сайт]. URL: http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabe/%22uk_1710%22 (дата обращения: 01.09.2009).

⁵⁵ Бурмистрова Е. С., Карелина М. М. Авторское право в сети Интернет // Авторское право XXI век: Сборник научных статей. М.: МФГС, РАП, 2010. С. 176–177.

⁵⁶ Тузов Н. А. О концептуальности авторского и патентного права и актуальных направлениях правового регулирования их предмета, в том числе защиты, в современных условиях // Авторское право XXI век: Сборник научных статей. М.: МФГС, РАП, 2010. С. 139.

⁵⁷ Войниканис Е. А. Правовые использования лицензий Creative Commons в действующем законодательстве Российской Федерации. С. 1 // [Электронный ресурс]. Creative Commons Russia [сайт]. URL: <http://creativecommons.ru/sites/>

В связи с этим представляется обоснованным утверждать, что исторически закономерным является смена принципов, лежащих в основе правового режима произведений, вслед за изменением общественных отношений, следовательно, для адекватного правового регулирования *на смену принципу обязательности должен прийти принцип презюмируемой авторско-правовой охраны*. Свободные лицензии становятся не просто очередным субинститутом авторского права, но правовым явлением, изменяющим содержание авторско-правового режима и идеологию авторского права в целом. Это правовое средство приспособления авторско-правового регулирования к реалиям информационного общества.

Свободные лицензии и социально-экономические детерминанты эволюции авторского права

Появление свободных лицензий в праве связано с движением свободной культуры, которое обязано своим названием книге Л. Лессига. Будучи разработанными и адаптированы американскими юристами, свободные лицензии восприняли традиции контрактуализма – основополагающего для договорного права стран англосаксонской правовой семьи воззрения, утверждающего приоритет соглашения сторон над нормой закона, если при этом не происходит нарушения прав третьих лиц. Расширение диспозитивности, привносимое этим институтом в законодательство об авторских договорах, а также традиционно со значительными оговорками относимое к частному праву из-за обилия императивных предписаний право интеллектуальной собственности в целом, способствует революционной, но закономерной либерализации последнего.

Признание позитивным правом «товарности» интеллектуальной собственности сделало объекты авторского права одним из ведущих экономических ресурсов. Следует согласиться с мнением И. А. Близнеца, который считает, что «по мере развития общества и повышения значимости информации интеллектуальная собственность постепенно стала утверждаться как один из наиболее важных нематериальных активов экономики... Объекты авторского права становятся полноценным активом, приобретают стоимость и становятся предметом экономических сделок. В наши дни объекты авторского и смежных прав больше не являются исключительно правовой категорией и стали неотъемлемой частью богатств государств и активов фирм. Они становятся основой для развития многих отраслей промышленности, обеспечивая рост добавленной стоимости, рабочих мест и внешней торговли»⁵⁸.

Значение объектов авторского права в российской экономике не следует недооценивать. Связанные с их использованием отрасли являются одними из ведущих, что следует из исследования влияния авторского права на экономику России, проведенного Российским государственным институтом интеллектуальной собственности: «Объем производства, реализации и оказания услуг в данной группе отраслей в 2004 году по России был равен 8,66 % к общему объему производства, реализации и оказания услуг в целом по экономике. При этом общая доля отраслей промышленности, основанных на авторском праве, в среднем в мировой экономике составляет около 7,3 % (2,2 трлн долл.). Рост в этих отраслях составляет в мире в среднем 5 % в год, что быстрее, чем средний рост экономики всей планеты... Оборот таких отраслей, как добыча полезных ископаемых, производство продуктов питания (включая напитки и табачные изделия), производство и распределение электроэнергии, газа и воды, строительство, гостиничный и ресторанный бизнес, приносит иногда даже меньший вклад, в некоторых случаях даже значительно меньший, чем отрасли, связанные с использо-

creativecommons.ru/files/docs/material_po_creative_commons_voynikanis_ispravlenyyu.pdf (дата обращения: 20.01.2013).

⁵⁸ Близнец И. А. Доклад о роли авторского права в экономике России / Торгово-промышленная палата РФ [сайт]. URL: http://www.tpprf.ru/common/upload/o_rol_i_avt_pra_rva.pdf (дата обращения: 01.11.2012).

ванием объектов авторских и смежных прав. Сопоставимыми по объему оборота оказались добыча полезных ископаемых, а также производство и распределение электроэнергии, газа и воды»⁵⁹.

Бурный рост отраслей экономики, основанных на использовании объектов авторского права, а также изменения законодательства в этой сфере, происшедшие в последние годы, обострили некоторые противоречия, по нашему мнению, ставшие экономическими предпосылками института свободных лицензий.

1. Изменение системы производства и потребления информации. В последнее время значительно изменились общественные отношения в сфере производства, передачи и воспроизводства творческих продуктов, что стало причиной серьезного пересмотра экономических представлений об объектах авторского права.

Массовость творчества и невиданная быстрота распространения его результатов стали следствием цифровизации информации, составляющей природу объектов авторского права, и доступности населению средств производства мультимедиа. Профессор права, разработчик публичных лицензий Creative commons Л. Лессиг подчеркивает, что «контент, создаваемый пользователями, дает жизнь и доход большому числу бизнесов. Они распространяются с огромной скоростью и ставят на любительское искусство. Говоря «любительское», я не имею в виду низкокачественное, дилетантское, я говорю о культуре, где люди производят контент, потому что им это нравится, а не ради денег... Инструменты для творчества стали теперь просто инструментами для создания сообщений. Это, если хотите, новая грамотность»⁶⁰.

Развитие информационных, в первую очередь цифровых, технологий, а также то, что технические средства, применяемые в этих технологиях, стали дешевле и доступнее, привели к тому, что складывающаяся в связи с их использованием система общественных отношений изменилась значительно. Те постулаты, которые еще некоторое время назад считались незыблемыми, покачнулись. Это является нормальным для социального прогресса. Так, Лессиг приводит пример: земля является объектом собственности в терминах Лорда Блэкстоуна, земля защищена законом об ограничении доступа, и на протяжении всей истории человечества по умолчанию предполагалось, что этот закон защищает все, что располагается в недрах под земельным участком, находящимся в собственности, а также все пространство над земельным участком от поверхности земли до бесконечности вверх. Это было справедливо до тех пор, пока не была изобретена технология авиастроения... Люди задумались: не вторгаются ли самолеты в чужое пространство? В 1945 году в Верховный Суд США обратились два фермера Томас Ли и Тини Косби с жалобой в связи с тем, что цыплята, которых они разводили, бегали за пролетающими над фермой самолетами и бились о стены птичника. Опершись на мнение Лорда Блэкстоуна, они утверждали, что самолеты нарушают их суверенное право собственности, поэтому все такие полеты должны быть прекращены. А как же полеты самолетов, изобретенных гораздо позже принятия такого закона? Что же, никто не имеет права пролетать над участком, не спросив разрешения у его хозяина? Верховный Суд отменил эту вековую традицию, решив, что ей нет места в современном мире, «иначе каждый авиарейс окажется ответчиком в сотнях исков о незаконном проникновении на участок», поэтому «эта доктрина возмутительным образом противоречит здравому смыслу». Так, и UGC⁶¹ -сайты, распространяющие любительский контент, который подчас составляют

⁵⁹ Близнец И. А. Доклад о роли авторского права в экономике России / Торгово-промышленная палата РФ [сайт]. URL: http://www.tpprf.ru/common/upload/o_rol_i_avt_pra_rva.pdf. С. 2, 4, 18 (дата обращения: 01.11.2012).

⁶⁰ Лессиг Л. Что приходит на смену копирайту? Лекция 12.02.2009 // [Электронный ресурс]. Сноб [сайт]. URL: <http://www.snob.ru/selected/entry/1804> (дата обращения: 05.02.2012).

⁶¹ UGC [«ЮДжиСи»] (сокр. от user generated content) – от англ. «созданное пользователями содержимое, контент». UGC-сайты представляют информационное пространство, заполняемое произведениями и программами, создаваемыми

такие творческие жанры, которые не были известны раньше, нельзя безапелляционно считать пиратскими. С помощью цифровых технологий на основе заимствованного контента люди создают что-то новое, ранее не виданное (например, ремиксы). Теперь уже ясно, что и в трактовке «нелегального копирования» здравого смысла не больше, чем в интерпретации действий пилотов. Тем не менее здесь «противоречие здравому смыслу» пока официально не признано. Наоборот, мы видим рост экстремизма с обеих сторон, порожденного конфликтом между правом и означенными способами использования новых технологий. Одна сторона создает средства, которые будут автоматически убирать с сайтов любой «нелегальный» контент, причем без оценки того, был ли защищенный контент использован «честным образом». А другая сторона – наши дети – все больше отрицает легитимность самого института авторского права и считает, что с таким законом надо воевать, используя любую возможность нанести ущерб самой системе права⁶².

2. *Изменение содержания стоимости.* В качестве последствия повсеместной цифровизации экономисты отмечают содержательное изменение самого понятия «стоимость», поскольку «современное состояние системы производства, ее вид и структурные особенности не позволяют свести все процессы, связанные с созданием и распределением созданной стоимости, к одному лишь воздействию трудового фактора, поскольку экономика как индустриального, так и постиндустриального общества имеет ярко выраженный информационный характер»⁶³. Для теоретиков возникли серьезные методологические проблемы, когда «цифровые технологии и возможность непосредственного обмена информацией между потребителями через сеть Интернет изменили соотношение затрат на создание и распространение произведений, охраняемых авторским правом»⁶⁴. Причиной для этого стали следующие черты, характеризующие произведения как экономический ресурс.

I. Неконкурентность потребления. С точки зрения экономики «интеллектуальная собственность как тиражируемый товар существует в потенциально неограниченном количестве, но имеет потенциально ограниченный спрос. Как капитал интеллектуальная собственность редка и уникальна, ее ценность в ее уникальности»⁶⁵. Из нематериальной природы следует возможность одновременно использовать произведение неограниченным кругом лиц. Е. А. Моргунова подтверждает, что «особенностью этих объектов является то, что они нематериальны, поэтому не ограничены в пространстве и могут использоваться одновременно неограниченным кругом лиц»⁶⁶. Будучи однажды выраженным вовне, произведение относительно беспрепятственно с помощью средств коммуникации может выйти из сферы фактического господства правообладателя. Гегель в «Философии права» писал: «Своеобразие духовной продукции может благодаря способу своего проявления непосредственно перейти в такую внешнюю сторону вещи, которая может быть затем произведена и другими»⁶⁷. В. А. Дозорцев использует для объяснения этого интересную метафору: «Если у тебя есть яблоко, и у меня есть яблоко, и мы обменялись, у каждого из нас будет по яблоку.

творческим трудом самих пользователей.

⁶² Лессиг Л. Что приходит на смену копирайту? Лекция 12.02.2009 // [Электронный ресурс]. Сноб [сайт]. URL: <http://www.snob.ru/selected/entry/1804> (дата обращения: 05.02.2012).

⁶³ Карпычев В. Ю. Экономические аспекты информационных технологий: Учебно-методическое пособие. Нижний Новгород: Нижегородский госуниверситет, 2010. С. 11.

⁶⁴ Козырев А. Н. Контрафакт и трансформации экономики авторского права / Интеллектуальная собственность. Контрафакт. Актуальные проблемы теории и практики: Сборник научных трудов. Т. 2 // Под ред. д-ра юрид. наук В. Н. Лопатина. М.: Издательство Юрайт, 2009. С. 197.

⁶⁵ Новиков М. Экономика интеллектуальной собственности // [Электронный ресурс]. Институт свободы Московский Либертариум [сайт]. URL: <http://www.libertarium.ru/6057> (дата обращения: 25.11.2011).

⁶⁶ Моргунова Е. А. Авторское право: Учебное пособие / Отв. ред. В. П. Мозолин. М.: Норма, 2009. С. 19.

⁶⁷ Гегель Г. В. Ф. Философия права / Пер. с нем. Б. Г. Столпнера; вступ. ст. В. С. Соловьева; прим. В. С. Нерсесянца. М.: Мир книги, Литература, 2007. С. 126–127.

А если у тебя есть идея, и у меня есть идея, и мы обменялись, у каждого из нас будет по две идеи»⁶⁸. При этом, как отмечает А. Н. Козырев, «...если охраноспособное произведение, которое может быть представлено в цифровом формате, уже существует, то потребление неконкурентно, то есть продукт не исчезает в результате потребления и может без ограничений потребляться другими»⁶⁹.

II. Парадокс ценообразования. Цена использования произведения как денежное выражение меновой стоимости, формируемая традиционным способом учета расходов (себестоимости) на изготовления экземпляра (копии) произведения или программы, оказывается заведомо несправедливой для правообладателя. Да и могут ли они безоговорочно учитываться в цене, если закон, называя соответствующий объект нематериальным, исключает возможность его денежной оценки? Кроме того, при ценообразовании необходимо учитывать ценовые ожидания пользователей, то есть то, сколько они готовы заплатить за экземпляр (материальный носитель), чтобы потребление было для них эффективным. Таким образом, возникает парадокс, когда цена, сформированная традиционным способом и учитывающая расходы на изготовление копии, может не покрыть затрат на создание самого нематериального объекта, зафиксированного на соответствующем материальном носителе. По этому поводу А. Н. Козырев отметил, что «парадокс возникает... если считать, что потребители получают продукт по цене поставки, которая может быть очень низкой. В таком случае вырученной суммы не хватит на то, чтобы покрыть затраты на создание исходного продукта. Эффективное потребление оказывается несовместимо с эффективным производством»⁷⁰.

III. Несоразмерность расходов на охрану и расходов на неправомерное использование. По свидетельству экономистов, охрана произведений и программ от неправомерного использования осуществляется в первую очередь техническими средствами, причем затраты на их совершенствование постоянно растут. Так, А. Н. Козырев отмечает, что «затраты на охрану растут, так как копирование осуществляется анонимными лицами вне организованных рынков, а скопированные изделия почти совершенны. Это уже не копии в традиционном смысле, а клоны. Наконец, сам акт копирования уже не требует затрат. Разумеется, в такой окружающей среде авторское право теряет свою эффективность как институт правовой охраны»⁷¹. С утилитаристских позиций, наиболее понятных экономистам (от лат. *utilitas* – «польза, выгода»: принцип оценки всех явлений с точки зрения их полезности, возможности служить средством для достижения какой-либо цели), необходим баланс между «экономическими выгодами» и «издержками вследствие распространения ограничений». Экономические выгоды заключаются в том, что защита интеллектуальной собственности важна для благоприятствования инвестициям в творческий процесс изобретателей, авторов, художников. Без такой защиты другие смогут копировать результаты интеллектуальной деятельности, не неся затрат на их разработку, тем самым исключая или существенно затрудняя компенсацию произведенных расходов для истинных авторов и ставя последних в невыгодное положение на рынке.

⁶⁸ Дозорцев В. А. Права на результаты интеллектуальной деятельности, Авторское право, патентное право и другие исключительные права. М., 1994. С 16. Цит. по: Моргунова Е. А. Авторское право: Учебное пособие / Отв. ред. В. П. Мозолин. М.: Норма, 2009. С. 19.

⁶⁹ Козырев А. Н. Контрафакт и трансформации экономики авторского права / Интеллектуальная собственность. Контрафакт. Актуальные проблемы теории и практики: Сборник научных трудов. Т. 2 // Под ред. д-ра юрид. наук В. Н. Лопатина. М.: Издательство Юрайт, 2009. С. 197.

⁷⁰ Козырев А. Н. Контрафакт и трансформации экономики авторского права / Интеллектуальная собственность. Контрафакт. Актуальные проблемы теории и практики: Сборник научных трудов. Т. 2 // Под ред. д-ра юрид. наук В. Н. Лопатина. М.: Издательство Юрайт, 2009. С. 198.

⁷¹ Козырев А. Н. Контрафакт и трансформации экономики авторского права / Интеллектуальная собственность. Контрафакт. Актуальные проблемы теории и практики: Сборник научных трудов. Т. 2 // Под ред. д-ра юрид. наук В. Н. Лопатина. М.: Издательство Юрайт, 2009. С. 204.

Все это позволило некоторым экономистам выдвинуть тезис о том, что «вред от чрезмерных усилий по защите авторских прав может превышать вред от возможных нарушений. Его надо соизмерять, причем делать это желательно в количественных показателях... Более того, речь может идти о замене самого института авторского права чем-то другим, если в результате получится вывод не в пользу авторского права»⁷². Другими словами, экономисты, исходя из утилитаристских ценностей, приходят к анархическим воззрениям на авторское право.

3. *Конфликт тенденции к бескомпромиссной коммерциализации и социального назначения авторского права.* С одной стороны, действующее законодательство РФ следует пути создания наиболее благоприятных условий для коммерциализации прав на объекты авторского права. Эту цель в первую очередь призвана достичь концепция интеллектуальных прав. Поставленные задачи реализуются путем замены объекта «произведение» на объект «исключительное право» в возникающих по поводу произведения отношениях имущественной природы и, как следствие, придания первому фиктивной меновой стоимости (которая, напомним, в экономической теории выражается количеством других благ, на которые можно обменять на рынке единицу данного блага). В связи с этим все больше говорят о новом этапе коммерциализации интеллектуальной собственности – этапе практически полного отрыва произведения от личности автора. Как отмечает А. С. Касьянов, «...условием оборота исключительных прав является наличие у них соответствующего правового режима. Суть его заключается в том, что законодатель, с одной стороны, определяет условия принадлежности прав субъектам гражданских прав, а с другой – предоставляет возможность ими распоряжаться»⁷³. Как справедливо заметил С. А. Бабкин, само право создало новую категорию товаров, очевидно, «для того чтобы обеспечить фактическое присвоение нематериального результата, чего без помощи права добиться невозможно: если владелец вещи может защищать свое владение как правовыми, так и внеправовыми способами, то автор или изобретатель лишены каких-либо внеправовых средств защиты. Перед нами не рефлекторная реакция права на объективную экономическую действительность, а серьезное преобразование последней»⁷⁴.

Однако следует учитывать, что такой подход таит в себе скрытую угрозу, поскольку транслирование институтов вещного и обязательственного права на нематериальные блага может привести к коммерциализации духовных ценностей. Как отмечал Р. Саватье, «абстрактные права, имеющие определенную стоимость, выраженную в деньгах, – это результат развития юридической техники... Юридико-технические абстракции потеснили телесные вещи. Реальные вещи выступают в юридической жизни только через посредство прав, которые осуществляются в отношении этих вещей, – это права вещные либо обязательственные... Каждое из этих прав может стать предметом сделки. С того момента, когда возникает возможность такой продажи, права становятся имуществом»⁷⁵.

С другой стороны, как это ни парадоксально, но зачастую требования коммерческого оборота идут вразрез с интересами автора. Далеко не все авторы жаждут оплаты своего труда – и это, без сомнения, их право. Г. Ф. Шершеневич писал, что «духовное творчество не имеет своей целью материальные выгоды, и такая постановка цели способна только подо-

⁷² Козырев А. Н. Контрафакт и трансформации экономики авторского права / Интеллектуальная собственность. Контрафакт. Актуальные проблемы теории и практики: Сборник научных трудов. Т. 2 / Под ред. д-ра юрид. наук В. Н. Лопатина. М.: Издательство Юрайт, 2009. С. 195.

⁷³ Касьянов А. С. Участие исключительных прав в обороте / Адвокат. 2010. № 4. С. 37–42 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

⁷⁴ Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. М.: Юрайт, 2008. С. 573–575.

⁷⁵ Саватье Р. Теория обязательств. М.: Прогресс, 1972. С. 53–54.

рвать ценность продуктов такого творчества... Хозяйственный принцип неприменим к труду ученого, поэта или художника. Но общество считает себя обязанным доставить материальную обеспеченность представителям духовного творчества по связи с их деятельностью»⁷⁶. Однако такая общественная обязанность нужна не всем авторам. Так, поэт Иван Елагин пишет: «...Все права сохранены за автором! Будьте трижды прокляты слова! Вот он с подбородком, к небу задраным по-есенински, осуществил права! Вот он, современниками съеденный, у дивана расстелил газетины, револьвер рывком последним сгреб – и пускает лежа пулю в лоб. Вот он, удостоенный за книжку звания народного врага, валится под лагерную вышку доходягой на снега. Господи, пошли нам долю лучшую, только я прошу Тебя сперва: не забудь отнять у нас при случае авторские страшные права»⁷⁷.

С позиций теории *droit d'auteur*, пошедшей по пути признания естественности и первичности прав автора, последнего нельзя рассматривать только как производительную силу в отношении произведений, поскольку любой объект авторского права неразрывно связан с личностью создавшего его лица. Как отметил проф. Н. М. Коршунов, «исток права на результаты интеллектуальной деятельности всегда лежат в творчестве, личностном начале. Автор является исходным, изначальным звеном системы правообладателей... Только автору в наиболее полном объеме принадлежит право на интеллектуальный продукт. Эти права неотчуждаемы и непередаваемы... Исключительные права всех иных лиц являются производными от прав автора»⁷⁸. Несмотря на это, законодатели разных стран считают необходимым навязать авторам охрану произведений, придать им тем самым меновую стоимость, а автору предоставить лишь право опубликовать или не опубликовать произведения либо отозвать его. Обосновывается это, как правило, необходимостью защиты прав человека, обеспечения международных гарантий прав авторов, правообладателей и т. п., хотя очевидно, что речь идет о правовом регулировании отношений по вовлечению объектов авторского права в оборот, их коммерциализации. На наш взгляд, стоит согласиться с мнением Н. М. Коршунова, отметившим, что «в действительности же права человека, вероятнее всего, служат удачным моральным оправданием защиты доходов, доставляемых вовлечением в общественное производство и оборот нематериальных продуктов человеческой деятельности»⁷⁹. Таким образом, возникает абсолютная с правовой точки зрения или монопольная с экономической точки зрения правовая охрана произведений от любого несанкционированного использования. Но она не только защищает, но и связывает автора обязательностью такой правовой охраны, поскольку последний не имеет легального дозволения к их свободному распространению.

На этом основании мерой, обоснованной с утилитарной экономической точки зрения и адекватной для эффективного регулирования изменившихся под влиянием развития технических средств хранения, обработки, передачи, приема информации, в контексте изменившейся мотивации массового любительского творчества станет эволюция института исключительного авторского права в сторону его либерализации.

Свободный контент, с одной стороны, как результат свободного самообременения авторских прав автора выводит на первый план в вопросе об определении судьбы произведения фигуру автора, что не только следует из социального назначения авторского права,

⁷⁶ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. Классика российской цивилистики: Специальное подарочное издание. М.: Консультант Плюс при поддержке издательства «Статус», 2005 // [Электронный ресурс]: 1 электрон. опт. диск (CD-ROM).

⁷⁷ Цит. по: Монахов В. Авторские права в контексте проблемы 4.12 // [Электронный ресурс] Российская ассоциация электронных библиотек [сайт]. URL: <http://www.aselibrary.ru/blogs/archives/935/> (дата обращения: 03.02.2012).

⁷⁸ Интеллектуальная собственность / Под общей ред. д-ра юрид. наук, проф. Н. М. Коршунова. М.: Норма, 2005. С. 11.

⁷⁹ Коршунов Н. М. Право интеллектуальной собственности: российская модель / Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 1 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

но полностью корреспондирует принципу неразрывной связи произведения с личностью автора. С другой стороны, как это ни парадоксально на первый взгляд, способствует коммерциализации прав на произведения и иные объекты авторского права.

В качестве способов такой коммерциализации обычно применяются интернет-реклама на UGC сайтах либо предоставление возможности приобрести за плату дополнительные услуги, связанные с использованием объектов авторского права (например, облегчающие использование или предоставляющие льготы или дополнительные возможности при использовании).

Так, по данным CNBC, выручка от рекламы, размещаемой на самом известном портале обмена свободным видео YouTube.com, в 2008 году составила примерно 200 млн долл.⁸⁰, по данным Forbes в 2011 году – уже 1,5 млрд долл., а в 2012 году превысила 3,6 млрд долл.⁸¹. Что же касается второго способа «монетизации» свободного контента, то он в основном используется в свободных программах для ЭВМ. Так, бесплатные программные предложения для мобильных устройств (телефонов, планшетных компьютеров и т. д.), как правило, предусматривают так называемые встроенные покупки – услуги, которые за небольшую плату предоставляют расширенные возможности пользователю. Самыми известными, пожалуй, являются In-app purchase, работающие на операционных системах IOS компании Apple.

Кроме того, некоторые правообладатели предлагают возможность ограниченного по времени бесплатного ознакомительного использования принадлежащих им объектов авторского права. Так, например, известное аналитическое финансовое издание Financial Times с читательской аудиторией более 4 млн имеет 585 тыс. «платных» онлайн-пользователей. При этом пользователям предоставляется возможность ознакомительного бесплатного использования в течение четырех недель. Аналогом этого подхода, но несколько иным воспользовались правообладатели популярной мобильной игры Angry Birds. С даты выхода этой игры в декабре 2009 года ее загрузили на свои мобильные устройства более 700 млн пользователей. При этом 25 % пользователей загрузили платную версию игры – это расширенная версия игры, свободная от рекламы, стоила она всего 0,99 долл. Этот подход гарантировал коммерческий успех совершенно бесплатной игре.

Но есть и более оригинальные способы монетизации свободного контента. Например, всемирно известная группа Radiohead в качестве эксперимента предложила к приобретению свой альбом In Rainbows по той цене, которую сами назначат слушатели, при этом распространение альбома осуществлялось только через Интернет. По цене, определенной пользователями, было совершено 1,2 млн загрузок, а средний размер вознаграждения составил 4 фунта. При этом официально изданный компакт диск продавался по цене 40 фунтов, было продано всего 100 тыс. копий⁸².

Поскольку мы все-таки не ставим перед собой цели анализа маркетинговых приемов монетизации свободно используемых объектов авторского права, позволим себе на основании изложенного выше отметить, что свободное лицензирование, как бы странно это ни звучало, способно стать правовым механизмом для коммерциализации интеллектуальной собственности, в особенности в авторско-правовой сфере. Возможности бесплатного использования высококачественных объектов авторских прав привлекают огромные ауди-

⁸⁰ YouTube's Ad Revenue Short of Expectations: WSJ // [Электронный ресурс] CNBC [сайт]. URL: <http://www.cnbc.com/id/25598743> (дата обращения: 06.10.2013).

⁸¹ Google Earnings: Ad Revenues Jump Helped By Mobile Push // [Электронный ресурс] Forbes [сайт]. URL: <http://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2013/01/23/google-earnings-ad-revenues-jump-helped-by-mobile-push/> (дата обращения: 06.10.2013).

⁸² Clive R. How can content Businesses succeed online? Intellectual property online; Economic models and Legal aspects amp; Russian and global experience / Из выступления на V Международном форуме «Интеллектуальная собственность – XXI век» 17.04.2012.

тории пользователей, распространение рекламы или платных дополнительных услуг среди которых становится неизбежно коммерчески успешным.

В 2008 году Федеральный окружной апелляционный суд США, отменяя решение суда Калифорнии по делу «Роберт Якобсен против Мэттью Катцера и Кэминд ассошиэйтс, инк.», отметил: «Традиционно правообладатели продают объекты своих прав в обмен на деньги. Однако не следует считать, что отсутствие переходящих из рук в руки денег при лицензировании продуктов с открытым кодом означает отсутствие экономической стороны дела. Для создания и распространения объектов авторского права на условиях публичных лицензий существуют значительные преимущества, включая экономические, которые выходят далеко за пределы традиционных лицензионных платежей. Например, создатели программы могут увеличивать долю рынка для своих программ, предоставляя определенные компоненты бесплатно. Аналогично программист или компания могут повышать свою национальную или международную репутацию, развивая и поддерживая проекты с открытым кодом»⁸³.

На этом основании можно сделать вывод о том, что, учитывая тенденцию к тотальной коммерциализации интеллектуальной собственности в условиях изменения содержательной стороны категории «стоимость» и системы производства, хранения и потребления информации в связи с ее глобализацией и цифровизацией, изменения экономической роли автора, который теперь рассматривается лишь как создатель прибавочного продукта, представляется, что расширение свободы усмотрения правообладателя в определении объема правовой охраны произведений сможет, с одной стороны, содействовать реализации социального назначения авторского права, с другой стороны, стать контраргументом для тех, кто выступает против авторского права, поскольку свободное лицензирование имеет серьезную коммерческую перспективу.

⁸³ Середина С. А. Свободны ли в России «Свободные лицензии»? // [Электронный ресурс] Патенты и лицензии [сайт]. URL: http://patents-and-licences.webzone.ru/issue/sereda_09.html (дата обращения: 03.01.2012).

§ 3. Правовая природа свободной лицензии

Первый тезис, который не вызывает никаких сомнений с точки зрения догмы, сводится к тому, что свободная лицензия – это юридический факт, то есть обстоятельство реальной действительности, с которым нормы права связывают возникновение, изменение или прекращение тех или иных правовых последствий. Из этого положения следует необходимость выяснения двух вопросов: 1) какого рода это обстоятельство, какую правовую природу оно имеет; 2) насколько адекватно существующие источники права связывают его наступление с теми правовыми последствиями, которые он призван порождать. В рамках данного параграфа мы остановимся на первом вопросе – вопросе правовой природы свободной лицензии как юридического факта.

Вопрос об особенностях правовой природы свободной лицензии еще не рассматривался ни российскими, ни зарубежными исследователями сколько-нибудь глубоко. Представляется, что это следствие совокупности причин, к которым можно отнести «младенческий» по меркам частного права возраст этого института, очевидную осторожность в отношении к этой общественной инициативе со стороны законодателей и правоприменителей и, как следствие, отсутствие требуемой правовой основы. Тем не менее скромную подборку мнений (в большинстве без претензий на научность), которую все же удалось обобщить, можно условно разделить на несколько групп.

1. *Свободная лицензия как отказ от права.* Например, С. А. Середина рассматривает свободные лицензии как «фактический отказ от имущественных прав (с сохранением прав моральных) на объекты интеллектуальной собственности»⁸⁴. Действительно, на первый взгляд может показаться, что свободная лицензия предполагает отказ от права, который «допустим в силу общего гражданско-правового принципа диспозитивности в распоряжении имущественными правами (ст. 1, 2, 9 ГК РФ)»⁸⁵. Еще Д. И. Мейер отмечал, что «характеристической чертой права, входящей в состав самого понятия о нем, представляется также возможность отречения от права. Право есть принадлежащая лицу возможность делать что-либо; но возможность действия не составляет необходимости его совершения: напротив, именно потому право и представляется правом, что лицо может отказаться от совершения действия, составляющего содержание права; если бы осуществление возможности составляло для лица необходимость, то право обратилось бы в обязательство... Отречение от права есть изъявление воли лица, что оно не желает более быть субъектом права, так что отречение от права составляет самостоятельное юридическое действие»⁸⁶.

Однако свободная лицензия и отказ от права суть различные правовые явления, так как отказ от права или от его осуществления сам по себе не влечет предоставления права другому лицу, а может являться лишь одним из юридических фактов в сложном юридическом составе, необходимым для этого. Отличия этих двух правовых явлений очень явно следуют из сделанного В. О. Калятиным в одном интервью высказывания: «Теоретически у нас они [правообладатели] могут отказаться от авторского права (хотя процедура отказа также прямо не урегулирована, не определено, как это делать), но обычно авторы не готовы пойти на то,

⁸⁴ Середина С. А. Свободны ли в России «Свободные лицензии»? // [Электронный ресурс]. Патенты и лицензии [сайт]. URL: http://patents-and-licences.webzone.ru/issue/sereda_09.html (дата обращения 03.01.2012).

⁸⁵ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского; вступ. ст. В. Ф. Яковлева; Исследовательский центр частного права. М.: Статут, 2008. С. 344.

⁸⁶ Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному восьмому изд., 1902. 3-е изд., испр. М.: Статут, 2003 // [Электронный ресурс]. Консультант Плюс: Классика российской цивилистики [сайт], URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/45/page_30.html#41 (дата обращения: 05.02.2010).

чтобы полностью лишиться права. Они хотят разрешить использование обществу в каких-то рамках, на каких-то условиях»⁸⁷.

В отличие от института отказа от права свободная лицензия предлагает добровольное самообременение права, то есть действия управомоченного лица по обременению в пользу третьих лиц – а не игнорированию – наличного субъективного гражданского права в объеме, определяемом по усмотрению управомоченного лица, с которыми связывается возникновение обязанностей правообладателя по исполнению условий свободной лицензии, с запретом на отзыв или изменение условий свободной лицензии прав и обязанностей пользователя. Весьма показательно здесь мнение Ю. С. Гамбарова, который писал, рассматривая дереликцию как случай отказа от права, следующее: «Положение, что собственник может бросить, дереликвировать свою вещь, не значит, что он имеет на это право. Дереликция есть действие, зависящее исключительно от воли собственника, потому что, учит господствующая теория, собственность как полнота права над вещью вмещает в себя и возможность дереликции, а по нашему мнению, просто потому, что это действие не запрещено. Без признания права дереликции собственник сохранил бы, несмотря на дереликцию вещи, свое право собственности на нее. Признание же дереликции заключает в себе вместе с тем объявление, что с совершением ее теряют силу все предписания, относящиеся к праву собственности; другими словами, дереликция является условием прекращения норм, имеющих применение к праву собственности»⁸⁸. В отличие от отказа от права свободная лицензия в случае ее акцепта пользователем влечет предоставление последнему права использования произведения на изложенных в ней условиях. Другими словами, лицензиар, предоставляя свободную лицензию, не отказывается в принципе осуществлять воздействие на объект с помощью предоставленных ему законом дозволений, обязывания третьих лиц или установления для них запретов.

Также отличия этих институтов проявляются и в том, что отказ от права может быть только полным и безусловным, в то время как свободное лицензирование всегда связано с определением условий такого обременения. Интерес правообладателя может сводиться к обременению в пользу общества некоторых правомочий по использованию произведений либо такое обременение может быть поставлено в зависимость от условий использования произведения (например, можно санкционировать только некоммерческое использование).

Кроме того, приняв решение отказаться от права, субъект вправе отменить свое решение, поскольку отказ от права не влечет его перехода⁸⁹, что противоречит принципу безотзывности свободной лицензии.

2. *Свободная лицензия как средство реализации усмотрения правообладателя по приближению произведения к сфере общественного достояния.* Е. А. Войниканис, например, отмечает, что организация Creative commons разрабатывает специальный проект так называемой нулевой лицензии, «которая представляет собой не договор, а публичный отказ автора

⁸⁷ Калятин В. О. Позиция юриста: «свободная лицензия – вариант особой сделки» // [Электронный ресурс]. URL: <http://www.copyright.ru/news/main/2011/2/11/CC/> (дата обращения: 03.01.2012)

⁸⁸ Гамбаров Ю. С. Добровольная и безвозмездная деятельность в чужом интересе вне договорного отношения и не по предписанию закона. Вып. 1. Общественный интерес в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2013. № 1. С. 151–240; № 2. С. 133–186 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Кон-сультант Плюс».

⁸⁹ Минэкономразвития в письме «Позиция Минэкономразвития России по доработке проекта федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» предлагает изложить п. 2 ст. 9 ГК РФ в следующей редакции: «Отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав (отказ от прав) не влечет прекращение этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом или вытекающих из природы права. Отказ лиц, выступающих в качестве предпринимателей, от осуществления принадлежащего им права влечет прекращение этого права, если иное не предусмотрено законом или не вытекает из природы прав».

от всех прав с целью перевести свое произведение в сферу общественного достояния»⁹⁰. Свободные лицензии, как неоднократно указывалось выше, служат инструментом преодоления принципа облигаторности, в силу которого произведения подлежат автоматической правовой охране по факту их создания. Благодаря им произведения более свободно распространяются среди общества, что способствует удовлетворению его культурных потребностей. Однако, как отмечалось выше, эти во многом сходные институты имеют серьезные сущностно-функциональные различия, дифференцируются по субъективной стороне, что не позволяет рассматривать свободную лицензию как основание перехода произведения в общественное достояние.

3. *Свободная лицензия как акт добровольного самоограничения права путем совершения односторонней сделки.* С телеологической точки зрения свободная лицензия – это «не отказ от копирайта, а предоставление некоторых свобод в использовании работы. Эти свободы распространяются шире, чем предусматривают правила добросовестного использования. Их точные контуры зависят от выбора автора»⁹¹, как отмечает Л. Лессиг. Однако вряд ли целесообразно рассматривать свободную лицензию как «вариант особой сделки, когда не заключается договор с каждым пользователем в отдельности, а, по сути, ограничивается право, причем правообладатель сам определяет срок и условия таких ограничений»⁹². Этой точки зрения придерживается один из авторов изменений в ГК РФ В. О. Калятин. В таком виде понятие «свободная лицензия» даже вошло в первоначальный законопроект (ставший затем ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 35-ФЗ), подготовленный к первому чтению в Государственной Думе. В качестве обоснования такого подхода указывается «конфликт существующих договорных моделей свободных лицензий со сложившейся в нашей стране правовой системой, в результате чего полноценное их применение потребует достаточно серьезных корректив в действующем законодательстве»⁹³.

Гораздо более существенными представляются аргументы против признания свободной лицензии односторонней сделкой. Так, А. Савельев полагает, что, поскольку односторонние сделки не являются договорами в силу ст. 420 ГК РФ, к ним невозможно напрямую применять диспозитивные нормы договорного права (в том числе положения о лицензионном договоре), типичные для договоров средства защиты гражданских прав, таких, например, как понуждение к исполнению обязанности в натуре. Кроме того, такой подход вызывает необоснованные ограничения с точки зрения международного частного права: «При наличии иностранного элемента в отношениях, возникающих в связи с реализацией такого самоограничения, применимое право будет определяться не в соответствии с нормами договорного статута, которое допускает значительную автономию воли в данном вопросе, а в соответствии с нормами статута интеллектуальных прав, который, как и вещный статут, достаточно императивен по своей природе»⁹⁴. То есть последствием станет запрет выбора компетентного правопорядка самими сторонами на основании принципа автономии воли.

⁹⁰ Войниканис Е. А. Правовые использования лицензий Creative Commons в действующем законодательстве Российской Федерации С. 3 // [Электронный ресурс]. Creative Commons Russia [сайт]. URL: http://creativecommons.ru/sites/creativecommons.ru/files/docs/material_po_creative_commons_voynikanis_ispravlennyyu.pdf (дата обращения: 03.01.2012).

⁹¹ Лессиг Л. Свободная культура / Пер. с англ. М.: Прагматика культуры, 2007. С. 251.

⁹² Калятин В. О. Позиция юриста: «Свободная лицензия – вариант особой сделки» // [Электронный ресурс] Copyright.ru [сайт] URL: <http://www.copyright.ru/news/main/2011/2/11/CC/> (дата обращения: 06.10.2013).

⁹³ Савельев А. Комментарии на предлагаемую в проект изменений в часть 4 ГК РФ концепцию регулирования отношений, возникающих в связи со свободным использованием и распространением объектов авторских прав. С. 2 // [Электронный ресурс]. URL: <http://www.schoolprivlaw.ru/files/kommentarii.pdf> (дата обращения: 05.02.2012).

⁹⁴ Савельев А. Комментарии на предлагаемую в проект изменений в часть 4 ГК РФ концепцию регулирования отношений, возникающих в связи со свободным использованием и распространением объектов авторских прав. С. 11 // [Элек-

Кроме того, трудно представить себе свободную лицензию, которая была бы однозначно односторонней сделкой, поскольку она всегда предполагает добровольное возложение корреспондирующих прав и обязанностей, а также установление запретов для правообладателя и пользователя. Другое дело, что договор, заключаемый с пользователем, может быть односторонне обязывающим, что, впрочем, не делает его односторонней сделкой. Пользователь получает право на использование объекта с корреспондирующей ему обязанностью правообладателя.

4. *Свободная лицензия как особый лицензионный договор.* Так, идеолог свободного лицензирования и один из инициаторов изменения законодательства РФ в этой связи ЗАО «Викимедиа. ру» на администрируемом им портале «Википедия» определяет свободную лицензию как «такой лицензионный договор, условия которого содержат разрешения пользователю от правообладателя на конкретный перечень способов использования его произведения, которые дают ему четыре важнейшие свободы: использовать произведение в любых целях, изучать его (в случае ПО требуется доступность исходников), создавать и распространять копии произведения, вносить в произведение изменения, публиковать и распространять такие измененные производные произведения»⁹⁵. Некоммерческое партнерство поставщиков программных продуктов предлагает понимать свободные лицензии как «юридические документы, регламентирующие условия использования свободных (открытых) программ и передающие пользователям ряд дополнительных прав по сравнению с установленным по умолчанию в законодательстве»⁹⁶. Эту же точку зрения разделяет и А. Савельев, утверждая, что «необходимо признать тот факт, что единственное различие между предоставлением права использования произведения на условиях свободной лицензии и на условиях коммерческой («классической») лицензии состоит лишь в наличии/отсутствии определенных условий в лицензионном соглашении, но никак не в их различной правовой природе (односторонняя сделка – самоограничение права vs. договор)»⁹⁷.

Представляется, правда, что позиция А. Савельева не касается проблематики определения правовой природы, а лишь указывает на неблагоприятность последствий отрицания договорной природы свободного лицензирования. В целом соглашаясь с направлением рассуждений указанного автора, вряд ли можно считать обоснованной его позицию. Процесс свободного лицензирования условно можно разделить на несколько этапов: выработка решения о предоставлении права использования произведения по свободной лицензии, формирование условий предложения об использовании произведения, доведение предложения до неограниченного круга лиц, его акцепт лицензиатом. Представляется, что суждение о свободной лицензии как о договоре, заключаемом акцептом такого предложения, не позволяет выделить каких-либо особенностей по сравнению с договором простой (неисключительной) лицензии, заключаемого по типу договора присоединения. Между тем такие особенности имеются, и относятся они к периоду предшествующему моменту акцепта предложения, то есть моменту заключения договора.

Согласно ст. 432 ГК РФ, договор считается заключенным, если сторонами достигнуто соглашение по всем существенным условиям путем акцепта оферты. Поскольку свободная лицензия предполагает заявление правообладателя, содержащее, во-первых, условия (доз-

тронный ресурс]. URL: <http://www.schoolprivlaw.ru/files/kommentarii.pdf> (дата обращения: 05.02.2012).

⁹⁵ Свободная лицензия // [Электронный ресурс]. Википедия. Свободная энциклопедия [сайт]. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B2%D0%BE%D0%B1%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D0%B0%D1%8F_%D0%BB%D0%B8%D1%86%D0%B5%D0%BD%D0%B7%D0%B8%D1%8F (дата обращения: 06.10.2013).

⁹⁶ Корпоративное лицензирование // [Электронный ресурс] Некоммерческое партнерство поставщиков программных продуктов [сайт]. URL: http://www.appr.ru/nopirate/corporate/part_3.php#3.1 (дата обращения: 06.10.2013).

⁹⁷ Савельев А. Комментарии на предлагаемую в проект изменений в часть 4 ГК РФ концепцию регулирования отношений, возникающих в связи со свободным использованием и распространением объектов авторских прав. С. 13 // [Электронный ресурс]. URL: <http://www.schoolprivlaw.ru/files/kommentarii.pdf> (дата обращения: 05.02.2012).

воления, обязывания и запреты) использования произведения тем или иным образом, во-вторых, предложение заранее неопределенному кругу пользователей использовать произведение на изложенных условиях, до момента безоговорочного принятия ее условий пользователем нельзя говорить о заключении лицензионного договора. Следовательно, приравнять в терминологическом плане лицензионный договор и свободную лицензию неверно.

На наш взгляд, все эти точки зрения, без сомнения, содержат рациональное зерно, однако вряд ли они основаны на глубоком и системном анализе данного института. Исходя из изложенного и предложенного нами определения свободной лицензии, следует, что по правовой природе она представляет собой оферту. При этом мы исходили из того, что офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение (п. 1 ст. 435 ГК РФ).

Применяя аналогию, формально-юридический метод и на основании системного толкования закона можно сделать вывод о том, что свободные лицензии имеют в российском законодательстве об интеллектуальной собственности сходную правовую конструкцию – это открытые лицензии, предусмотренные для объектов патентного права (ст. 1368 ГК РФ), кроме секретных изобретений (ст. 1405 ГК РФ) и для селекционных достижений (ст. 1429 ГК РФ)⁹⁸. К основным принципам института открытой лицензии в соответствии с законодательством РФ относятся: 1) добровольность волеизъявления правообладателя, направленного на предоставление лицензии (абз. 1 п. 1 ст. 1368 ГК РФ); 2) свобода усмотрения правообладателя в определении условий открытой лицензии (это следует из абз. 3 п. 1 ст. 1368 ГК РФ, обязывающей правообладателя довести сведения об условиях открытой лицензии до неограниченного круга лиц путем публикации); 3) признание открытой лицензии публичной офертой (это следует из абз. 3 п. 1 ст. 1368 ГК РФ⁹⁹, обязывающей правообладателя заключить с лицом, изъявившим желание использовать объект интеллектуальной собственности, лицензионный договор на условиях простой (неисключительной) лицензии).

Институт открытых лицензий в патентном праве – принципиальный аналог субинститута свободных лицензий в авторском, последние даже получили такое же наименование. Сопоставляя их на основании ГК РФ в редакции изменений, внесенных ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 35-ФЗ, мы пришли к следующему.

1. Объектом открытой лицензии в соответствии со ст. 1349, 1368, 1412, 1429 ГК РФ могут выступать результаты интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере и результаты интеллектуальной деятельности в сфере художественного конструирования, сорта растений и породы животных; объектом свободной лицензии в соответствии с п. 1, 2 ст. 1286.1 ГК РФ могут выступать произведения науки, литературы или искусства, программы для ЭВМ.

2. И для открытой, и для свободной лицензии законом устанавливается принцип добровольности волеизъявления правообладателя, направленного на предоставление лицензии. Об этом свидетельствуют положения абз. 1 п. 1 ст. 1368 ГК РФ, абз. 1 п. 1 ст. 1429 ГК РФ, абз. 3 п. 1 ст. 1368 ГК РФ, абз. 3 п. 1 ст. 1429 ГК РФ, а также системное толкование норм статьи

⁹⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая). Федеральный закон Российской Федерации от 18.12.2006 № 230-ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 24.11.2006: одобрен Советом Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 08.12.2006 // Российская газета. 2006. 22 декабря // [Электронный ресурс.]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

⁹⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая). Федеральный закон Российской Федерации от 18.12.2006 № 230-ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 24.11.2006: одобрен Советом Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 08.12.2006 // Российская газета. 2006. 22 декабря // [Электронный ресурс.]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

1286.1 ГК РФ, вводимых ФЗ № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

3. Обе конструкции применяются только к одному виду лицензий – простым (неисключительным). Для открытых лицензий это определено законом (абз. 3 п. 1 ст. 1368 ГК РФ, абз. 3 п. 1 ст. 1429 ГК РФ), а для свободных (открытых) лицензий – в п. 1 ст. 1286.1 ГК РФ в редакции ФЗ № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Как видно, эти юридические конструкции сходны во всем, за исключением объекта лицензий, что не влияет на их природу. Кроме того, ст. 1286.1 в ГК РФ в редакции ФЗ № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», которая призвана регулировать вопросы свободного лицензирования, получила наименование «Открытые лицензии на произведения науки, литературы или искусства». То есть законодатель пошел по пути унификации терминологии при обозначении сходных явлений.

Таким образом, мы имеем аргумент в пользу признания свободной лицензии офертой. Хотя подавляющее большинство исследователей сходятся во взгляде на открытую лицензию как на оферту. Но прежде чем принять этот аргумент окончательно, полагаем необходимым рассмотреть позиции оппонировавших им авторов, которые считают открытую лицензию не офертой, а приглашением делать оферты. Так, Е. А. Моргунова полагает, что «открытая лицензия представляет собой заявление патентообладателя, поданное в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, о желании предоставления любому лицу права использования объекта патентного права... Заявление не следует рассматривать как оферту, представляется, что оно является приглашением делать оферту»¹⁰⁰. Эта позиция представляется противоречивой, поскольку сам автор по ходу рассуждений приводит аргументы именно в пользу признания открытой лицензии офертой: «В этом заявлении должны содержаться сведения об условиях лицензии... Особенностью данной лицензии является то, что патентообладатель обязан заключить лицензионный договор с лицом, которое изъявило желание заключить договор. Таким образом, заключение лицензионного договора обязательно для патентообладателя; принцип свободы договора в данном случае ограничен»¹⁰¹. Теперь приведем позицию поддерживающего эту же точку зрения С. П. Гришаева. По его мнению, «заявление о заключении открытой лицензии по правовой природе следует рассматривать как приглашение делать оферту, поскольку заявление адресовано неопределенному кругу лиц и не содержит всех существенных условий договора (отсутствует условие о платежах, которое следует согласовать)»¹⁰². Однако с этой позицией также трудно согласиться, поскольку она противоречит закону. Так, в соответствии с абз. 3 п. 1 ст. 1368 ГК РФ и абз. 3 п. 1 ст. 1429 ГК РФ, в соответствии с которыми «условия лицензии, на которых право использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности может быть предоставлено любому лицу, сообщаются патентообладателем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, который пуб-

¹⁰⁰ Корчагина Н. П., Моргунова Е. А., Погуляев В. В. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В. В. Погуляева. М.: Юстицинформ, 2008 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁰¹ Корчагина Н. П., Моргунова Е. А., Погуляев В. В. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В. В. Погуляева. М.: Юстицинформ, 2008 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁰² Гришаев С. П. Договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор в патентном праве // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

ликует за счет патентообладателя соответствующие сведения об открытой лицензии». При комплексном толковании этих норм с нормой п. 5 ст. 1235 ГК РФ следует, что под страхом недействительности лицензионный договор должен предусматривать условие о размере лицензионного платежа либо указание на его безвозмездность. Полагаем, что сомнения некоторых авторов вызваны сходством публикации о свободной лицензии с рекламой, являющейся по общему правилу приглашением делать оферты (п. 1 ст. 437 ГК РФ). Однако данная норма не запрещает рассматривать рекламное сообщение в качестве публичной оферты. Как отмечает В. С. Белых, «согласно п. 1 ст. 437 ГК, реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, рассматриваются как предложение делать оферты, если иное прямо не указано в предложении. Напротив, если такое предложение содержит все существенные условия договора и воля лица заключить договор с любым, кто отзовется, выражена однозначно, то оно (предложение) квалифицируется в качестве публичной оферты (п. 2 ст. 437 ГК)»¹⁰³. Поддерживает эту точку зрения К. В. Всеволожский, отметивший, что, поскольку сведения об открытой лицензии, то есть ее условия, предлагаемые патентообладателем, публикуются в официальном бюллетене за его счет (абз. 3 п. 1 ст. 1429), это классическая рекламная оферта, правовое регулирование которой предусмотрено в том числе ст. 11 ФЗ «О рекламе»¹⁰⁴.

¹⁰³ Белых В. С. Особенности заключения договора по праву Англии и России / Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С. А. Хохлова / С. С. Алексеев, В. С. Белых, В. В. Витрянский и др.; под ред. С. С. Алексеева. М.: Статут, 2011 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁰⁴ Право на селекционное достижение: Постатейный комментарий главы 73 Гражданского кодекса Российской Федерации / К. В. Всеволожский, П. В. Крашенинников, Д. В. Мурзин и др.; под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2010 // [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.